

Università degli Studi di Pisa



Dipartimento di Economia e Management
Corso di Laurea Magistrale in Consulenza Professionale alle Aziende

TESI DI LAUREA

L'ORGANISMO DI VIGILANZA AI SENSI DEL D.LGS. N. 231/2001.
UNA INDAGINE EMPIRICA SULLA SUA COMPOSIZIONE ALLA LUCE
DELLA PRASSI E DEGLI ORIENTAMENTI DOTTRINALI E
GIURISPRUDENZIALI

RELATORE

Prof. Marco ALLEGRINI

CANDIDATO

Carlotta BIANCONI

Anno accademico 2014/2015

Il est impossible que l'improbable n'arrive jamais.

Emil Julius Gumbel

*A tutta la mia Famiglia, che ha reso possibile,
con il suo amore ed il suo sostegno,
questo lungo percorso di crescita.
Ai miei genitori, fonte di amore, fiducia, struttura e fantasia,
primi coaches e Business Angels della mia vita.
A mia sorella, fondamentale pilastro, sempre presente.
A Giovanni, che grazie al suo immenso amore
ha reso questo percorso più bello.
Ai miei amici, che lo hanno reso più leggero.*

INDICE

PREMESSA – OGGETTO DI STUDIO	1
CAPITOLO I	3
LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI	3
1 LE ORIGINI DEL D.LGS. N. 231/2001	3
1.1 Il contesto nazionale e la spinta europea verso la definizione di una responsabilità per l'ente	5
1.2 La legge delega	10
2 IL DECRETO LEGISLATIVO N. 231/2001	13
2.1 Le modifiche successive	16
2.2 Breve cenno sulla qualificazione della responsabilità delle persone giuridiche	18
2.3 Ambito soggettivo di applicazione	23
2.4 I reati presupposto	27
2.5 Il sistema sanzionatorio	29
2.6 Criteri oggettivi di imputazione: della qualifica dell'autore del reato e dell'interesse o vantaggio (artt. 5 e 8)	39
2.7 Criterio soggettivo di imputazione: della colpa di organizzazione (artt. 6 e 7)	50
2.8 Contenuto e funzione dei modelli di organizzazione e gestione	58
CAPITOLO II	65
IL FUNZIONAMENTO E LA RESPONSABILITÀ DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA SECONDO LE INDICAZIONI DELLA DOTTRINA, DELLA PRASSI E DELLA GIURISPRUDENZA	65
1 FUNZIONAMENTO DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA	65
1.1 Nomina, durata dell'incarico e revoca	70
1.2 Compensi dei componenti	78
1.3 Il <i>budget</i>	81
1.4 Il regolamento dell'OdV	82
1.5 Funzioni e poteri	83
1.6 Flussi informativi e relazioni	90

2 LA RESPONSABILITÀ DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA	105
2.1 Responsabilità penale	105
2.2 Responsabilità civile	107
CAPITOLO III	111
LA COMPOSIZIONE DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA	111
1 INDAGINE IN DOTTRINA, PRASSI E GIURISPRUDENZA RELATIVAMENTE ALLA COMPOSIZIONE DELL'ODV	111
1.1 Requisiti dei componenti	114
1.2 Problematiche relative alla composizione dell'organismo di vigilanza	121
2 I RISULTATI DELLE PIÙ IMPORTANTI INDAGINI SULLA COMPOSIZIONE DELL'ODV NELL'ULTIMO DECENNIO	157
2.1 AIIA 2006	157
2.2 AIIA/Confindustria 2007	159
2.3 Assonime 2008	161
2.4 AODV 2008	164
2.5 PWC 2009	165
2.6 Compliance aziendale/Gruppo ODV/Ernst&Young 2010	167
2.7 PWC 2014	169
2.8 Schema di sintesi dei risultati	171
3 I RISULTATI DELLA RICERCA EMPIRICA FATTA SUGLI ASSOCIATI DI A.P.I. ASSOCIAZIONE PICCOLE E MEDIE INDUSTRIE	173
3.1 Questionario sottoposto	174
3.2 Risultati	174
CONCLUSIONI	185
BIBLIOGRAFIA	189

PREMESSA – OGGETTO DI STUDIO

Il d.lgs. n. 231/2001 è sicuramente una normativa volta a rafforzare l'etica del *business* e, nonostante le previsioni della normativa possano compromettere la continuità della stessa attività economica e quindi comportare, nei casi peggiori, il dissesto ed il termine dell'attività, tale normativa, a differenza di normative analoghe in contesto europeo, prevede la possibilità per l'ente di evitare i danni che da essa potrebbero derivare attraverso l'implementazione di un modello di organizzazione, gestione e controllo ad efficacia esimente, qualora efficacemente attuato, scaturente da una approfondita attività di *Risk Assessment*. Il decreto quindi va a premiare gli enti che, seguendo le indicazioni dello stesso, aggiornano la loro organizzazione e la loro gestione nell'ottica dei principi di analisi e gestione dei rischi e dello sviluppo di un efficace sistema di controllo interno secondo quelli che sono gli orientamenti della più elevata e moderna teoria aziendalistica. Affinché operi l'esimenza è necessario però che il modello risulti efficacemente attuato e quindi che vengano rispettate le previsioni degli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001 tra le quali vi è l'individuazione di un Organismo dell'ente con autonomi poteri di iniziativa e controllo volto a vigilare sullo stesso modello. Il presente elaborato intende principalmente approfondire la natura, la responsabilità, i requisiti e soprattutto la composizione dell'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. n. 231/2001. Al fine di meglio apprezzare tale approfondimento si è ritenuto fornire nel primo capitolo una descrizione del quadro normativo in cui si inserisce la sua funzione e del nuovo tipo di responsabilità degli enti che è teso ad evitare. Per contestualizzare correttamente le funzioni e la responsabilità dell'Organismo di Vigilanza non è infatti possibile prescindere dall'analisi seppur generale dell'origine della responsabilità dell'ente, del decreto e dei concetti fondamentali dello stesso. Nel secondo capitolo si è ritenuto utile soffermarsi sul funzionamento dell'Organismo soprattutto sulla scorta delle massime della giurisprudenza e delle indicazioni della migliore prassi e dottrina. Nel terzo ed ultimo capitolo, seguendo la medesima metodologia, si è voluto approfondire dettagliatamente l'aspetto dei requisiti dei componenti dell'Organismo e della composizione integrando la descrizione delle posizioni di prassi, dottrina e giurisprudenza con l'analisi comparata dei risultati delle più importanti ricerche fino a questo momento pubblicate relativamente alla composizione e concludendo con i risultati di una ricerca empirica effettuata sulla composizione dell'Organismo nel mese di marzo 2016 con la preziosa collaborazione di A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie.

CAPITOLO I

LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI

SOMMARIO: 1 Le origini del d.lgs. n. 231/2001 - 1.1 Il contesto nazionale e la spinta europea verso la definizione di una responsabilità per l'ente - 1.2 La legge delega - 2 Il decreto legislativo n. 231/2001 - 2.1 Le modifiche successive - 2.2 Breve cenno sulla qualificazione della responsabilità delle persone giuridiche - 2.3 Ambito soggettivo di applicazione - 2.4 I reati presupposto - 2.5 Il sistema sanzionatorio - 2.6 Criteri oggettivi di imputazione: della qualifica dell'autore del reato e dell'interesse o vantaggio (artt. 5 e 8) - 2.7 Criterio soggettivo di imputazione: della colpa di organizzazione (artt. 6 e 7) - 2.8 Contenuto e funzione dei modelli di organizzazione e gestione.

1 LE ORIGINI DEL D.LGS. N. 231/2001

Il d.lgs. n. 231/2001 recante la “disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica” esercita la delega prevista dall'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300 introducendo nel nostro ordinamento la responsabilità amministrativa¹ per gli enti collegata alla commissione dei reati presupposto individuati dallo stesso decreto legislativo e commessi nell'interesse o nel vantaggio dell'ente da soggetti specifici legati all'ente in base a relazioni ben precise previste dallo stesso decreto.

La principale ragione che ha spinto il Legislatore all'introduzione di siffatta responsabilità, oltre al progressivo intensificarsi dell'importanza data alle tematiche dell'analisi e della valutazione dei rischi, del controllo interno e della *compliance* aziendale, è stata la spinta europea² e non solo europea³, che dalla metà degli anni novanta si è fatta sempre più stringente, sulla necessità di riempire la lacuna dell'ordinamento italiano con una previsione normativa che prevedesse la responsabilità degli enti, così come accadeva in molti altri Stati europei⁴. L'Italia era, infatti, uno dei pochi Stati che ancora non aveva introdotto nell'ordinamento una

¹ Per le problematiche relative all'aspetto della qualificazione della responsabilità si veda il paragrafo 2.2.

² Come evidenzia Fabrizio Gandini (in *Rivista231*, 2 – 2009, *La responsabilità degli enti negli strumenti internazionali multilaterali*. 2. *Gli strumenti del Consiglio d'Europa*), il Consiglio d'Europa ha avuto un ruolo essenziale e pionieristico nella definizione della responsabilità da reato degli enti.

³ Come evidenzia Fabrizio Gandini (in *Rivista231*, 1 – 2009, *La responsabilità degli enti negli strumenti internazionali multilaterali*. 1. *Gli strumenti delle Nazioni Unite*), la responsabilità degli enti era stata prevista come necessaria anche in diversi strumenti multilaterali delle Nazioni Unite.

⁴ “la responsabilità della *societas* è già una realtà in molti paesi d'Europa (così Francia, Regno Unito, Olanda, Danimarca, Portogallo, Irlanda, Svezia, Finlandia)”, in *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, paragrafo 1*, in CADOPPI A. – GARUTI G. – VENEZIANI P., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer, Utet giuridica, 2010, p. 9.

previsione in tal senso ed in merito a questo slancio di innovazione, non manca chi ha sottolineato che tale aggiornamento non sarebbe il frutto di una crescita organica e spontanea, ma, piuttosto, il risultato di una “scelta europeista coatta”⁵, volta ad uniformare le legislazioni dei singoli Stati membri verso un ordinamento europeo sempre più uniforme dal punto di vista del contrasto alla criminalità economica e all’attitudine fraudolenta. Scelta però, all’avviso dei più, quanto mai opportuna e necessaria in un’ottica di maggiore prevenzione dei crimini economici i quali purtroppo non sono solo appannaggio dell’impresa cd. *immorale*⁶, situazione che si realizza quando la conclusione di attività illecita è l’oggetto stesso dell’attività, bensì anche d’imprese che realizzano fini del tutto legittimi, ma che per realizzarli si trovino nella condizione, o decidano deliberatamente, di commettere dei reati.

È opportuno evidenziare sin da subito che non è obiettivo di questo lavoro indagare a fondo tutti quelli che sono gli aspetti caratterizzanti il decreto legislativo in oggetto, lasciando l’approfondimento dei temi affrontati e necessariamente accennati, relativi al Capo I e soprattutto degli istituti relativi al Capo II e al Capo III, attraverso la lettura dei testi specialistici di riferimento. Ciò non di meno si è ritenuto comunque necessario, ai fini di una trattazione esauriente delle questioni relative all’Organismo di vigilanza, ed in riferimento al ruolo attivo e fondamentale che questo ha nella deresponsabilizzazione degli enti, accennare in modo più dettagliato a talune tematiche relative al decreto legislativo, le quali si ritengono di fondamentale importanza per cogliere in modo più significativo la rilevanza che ha l’opportuna composizione dell’Organismo ed il suo adeguato funzionamento. Di seguito dunque un approfondimento sulle origini del decreto, l’individuazione aggiornata delle categorie dei reati presupposto ed un accenno alle tipologie di sanzioni irrogabili e a quelle che sono state le tematiche di più ampio interesse relative agli istituti descritti nel Capo I dello stesso decreto e quindi segnatamente si affronteranno i temi della qualificazione della responsabilità “amministrativa” dell’ente, della definizione dei soggetti ai quali si riferisce la disciplina, il tema della definizione dei criteri di attribuzione della responsabilità e delle funzioni dei modelli di organizzazione e gestione.

⁵ LATTANZI G., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Atti del convegno di Firenze, 15-16 marzo 2002, Padova, 2003, p. 285.

⁶ CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, Vol. I, Diritto dell’impresa*, 6ª Edizione, Milano: Wolters Kluwer Italia S.r.l., Utet Giuridica, 2012, pp. 39 – 42.

1.1 Il contesto nazionale e la spinta europea verso la definizione di una responsabilità per l'ente

Ai fini di un più compiuto inquadramento dell'introduzione nel nostro ordinamento della responsabilità da reato dell'ente appare opportuno delineare, seppur in modo necessariamente accennato, il contesto nel quale si inserisce prima la legge delega n. 300/2000 e poi il d.lgs. n. 231/2001 sia dal punto di vista nazionale che europeo.

Per quanto concerne i principali precedenti concernenti la normativa interna relativa alla responsabilizzazione dell'ente vale la pena di sottolineare che la figura della responsabilità dell'ente non era del tutto sconosciuta al nostro ordinamento prima dell'ingresso del decreto. In primo luogo l'idea della responsabilità dell'ente è presente nell'art. 197 c.p. rubricato "Obbligazione civile delle persone giuridiche per il pagamento delle multe e delle ammende" che prevede una "corresponsabilizzazione sanzionatoria"⁷ dell'ente. L'articolo in questione prevede infatti un'obbligazione civile a carico dell'ente (in questo caso fornito di personalità giuridica) in caso di insolvenza del condannato per la multa o l'ammenda. La responsabilità della persona giuridica è solo quindi indiretta e sussidiaria in quanto conseguente alla responsabilità della persona fisica condannata⁸ che risulti però insolvente (e non meramente insolvente, perché in tal caso troverebbe applicazione l'istituto dell'esecuzione forzata). Gli elementi caratterizzanti di questa previsione⁹ sono dunque:

- a) in primo luogo la delimitazione degli enti riguardati dalla norma (sono infatti esclusi non solo lo Stato, le regioni, le province ed i comuni, ma anche gli enti sforniti di personalità giuridica);
- b) in secondo luogo il fatto che la responsabilità dell'ente si poggia su due requisiti oggettivi che sono il vincolo formale tra soggetto collettivo e autore del fatto (da notare il limite di questa disposizione nel caso in cui il soggetto sia un rappresentante o un amministratore di fatto) e la necessaria realizzazione da parte

⁷ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 320.

⁸ L'articolo 197 c.p. fa riferimento a chi, della persona giuridica, ne abbia la rappresentanza, l'amministrazione o sia con essa in rapporto di dipendenza, e si tratti di reato che costituisca violazione degli obblighi inerenti alla qualità rivestita dal colpevole ovvero sia commesso nell'interesse della persona giuridica.

⁹ RONCO M. - ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, Quarta edizione, Milano: Wolters Kluwer, Utet giuridica, 2012, pp. 1134 - 1136.

dell'ultimo di un reato commesso in violazione degli obblighi discendenti dalla qualifica soggettiva rivestita dal colpevole o nell'interesse della persona giuridica;

c) per ultimo il tipo di responsabilità che risulta essere indiretta e sussidiaria.

La stessa legge che nel 1981 aveva sostituito, a mezzo dell'art. 116, l'art. 197 c.p. (legge n. 689/1981 in tema di modifiche al sistema penale) prevedeva ai commi 3 e 4 dell'art. 6 un altro precedente alla responsabilità dell'ente. In questo caso è prevista una responsabilità solidale dell'ente, anche privo di personalità giuridica, con diritto di regresso nei confronti dell'autore della violazione, per la sanzione amministrativa susseguente alla violazione commessa dal rappresentante o dal dipendente del soggetto collettivo. Rispetto al caso precedente si rileva:

- a) una estensione della responsabilità anche agli enti non personificati, ma anche in questo caso si pone il problema del vincolo formale tra soggetto collettivo e l'autore del fatto (questo rappresenta un il limite nel caso in cui il reo sia un rappresentante o un amministratore di fatto);
- b) altro limite risulta essere quello di prevedere che la sanzione applicabile debba essere correlata non solo alla gravità della violazione e all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, ma anche alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche¹⁰. A seguito di questa disposizione l'effetto nei confronti della persona giuridica risulta pressoché nullo in quanto la somma che questa è chiamata a pagare in caso di insolvibilità del reo è condizionata alle condizioni economiche dello stesso, generalmente non paragonabili a quelle dell'ente;
- c) aspetto di differenza è che in questo caso la responsabilità non è sussidiaria, ma solidale.

Altre isolate disposizioni si possono individuare nell'art. 31 della legge n. 223/1990¹¹ relativa alla disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato, negli artt. 15 e 19 della legge n. 287/1990¹² riguardante la materia della tutela della

¹⁰ Art. 11 della Legge 689/1981.

¹¹ Prima che il d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177 abrogasse lo stesso articolo, questo prevedeva, in tema di disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato, che venissero irrogate agli *interessati* sanzioni amministrative dall'autorità garante per la radiodiffusione e le telecomunicazioni. Il generico riferimento agli interessati consentiva di includere nel novero dei destinatari delle sanzioni anche le persone giuridiche qualora fossero esse stesse titolari della concessione o dell'autorizzazione alle quali era ricollegata la sanzione.

¹² La legge detta le norme per la tutela della concorrenza e del mercato. Essa prevede che siano irrogate sanzioni amministrative da parte dell'Autorità Garante, pari ad una percentuale prefissata del fatturato, alle imprese o agli

concorrenza e del mercato; nell'art. 7 della legge n. 157/1991¹³; nell'art. 6 della legge n. 344/1993 e nell'art. 10 della legge n. 86/1994 ad oggi recepiti nel d.lgs. n. 58/1998¹⁴.

Per quanto riguarda il quadro europeo¹⁵ il primo intervento da segnalare è sicuramente la Risoluzione del Comitato dei Ministri n. (77) 28 in materia di tutela dell'ambiente nella quale si indica esplicitamente la necessità di introdurre la responsabilità delle persone giuridiche per quanto riguarda però solamente i reati commessi ai danni dell'ambiente. Sono da indicare anche le raccomandazioni n. R (81) 12 e n. R (82) 15 nelle quali il Consiglio d'Europa invita all'introduzione della responsabilità delle persone giuridiche per le infrazioni riguardanti la materia economica (la raccomandazione del 1981) e la tutela del consumatore (la raccomandazione del 1982), la raccomandazione n. R (88) 18 nella quale si raccomanda di prevedere la responsabilità delle imprese in relazione agli illeciti da esse realizzati "quando lo richiedono la natura dell'offesa, il grado della colpa da parte dell'impresa, le conseguenze per la società e la necessità di prevenire ulteriori offese"¹⁶ e per ultima la raccomandazione n. R (97) 18 riguardante l'introduzione negli Stati membri della responsabilità nei confronti delle persone giuridiche che abbiano commesso reati riconducibili alla criminalità organizzata.

L'intitolazione della legge n. 300/2000 prevede poi la delega al Governo per l'introduzione di una disciplina della responsabilità delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica come elemento susseguente alla ratifica ed

enti interessati per violazioni concernenti le intese restrittive della libertà di concorrenza, per l'abuso di posizione dominante previste agli artt. 2 e 3, nonché nelle ipotesi di concentrazioni vietate ai sensi dell'art. 6.

¹³ La legge, che dettava le norme relative all'uso di informazioni riservate nelle operazioni in valori mobiliari e alla Commissione nazionale per le società e la borsa, si riferiva genericamente a "soggetti" per quanto riguardava l'irrogazione di sanzioni per violazione dei regolamenti stessi e quindi, siccome genericamente indicati, si ricomprendevano anche gli enti collettivi. La disposizione era stata poi abrogata dal d.lgs. n. 58/1998 che aveva eliminato la sanzionabilità diretta dei soggetti collettivi e previsto solo la sanzionabilità penale diretta degli autori (agli artt. 180 - 181). Il decreto, come modificato dalla legge n. 62/2005, si riferisce ad oggi genericamente a *chiunque* (artt. 184 - 185), ma ciò è irrilevante in quanto lo stesso decreto ha comportato anche l'inserimento delle fattispecie in parola tra i reati presupposto all'art. 25 - *sexies*.

¹⁴ Prima dell'integrazione all'interno del d.lgs. n. 58/1998 si prevedeva l'applicazione di sanzione pecuniaria amministrativa anche a soggetti collettivi (ad esempio società di gestione) che svolgessero attività di gestione dei fondi senza l'autorizzazione del Ministero del tesoro, il d.lgs. n. 58/1998 oggi dispone, nell'ipotesi di abusivismo a carico di una società nello svolgimento del servizio di gestione collettiva del risparmio, soltanto la denuncia al pubblico ministero da parte della Consob o della Banca d'Italia.

¹⁵ Fabrizio Gandini in *Rivista* 231, 2 - 2009, *La responsabilità degli enti negli strumenti internazionali multilaterali. 2. Gli strumenti del Consiglio d'Europa*.

¹⁶ Raccomandazione n. R (88) 18, *Appendice, pubblicata in Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1991, p. 655. A questa raccomandazione indicata hanno fatto seguito la convenzione sulla protezione dell'ambiente (ETS n. 172), la convenzione penale sulla corruzione (ETS n. 173) aperta alla firma a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata in Italia con la Legge n. 110 del 28 giugno 2012, la convenzione sulla criminalità informatica (ETS n. 185), la convenzione per la prevenzione del terrorismo (ETS n. 196), la convenzione sulla lotta contro la tratta degli esseri umani (ETS n. 197) e numerose altre.

esecuzione delle convenzioni relative rispettivamente alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee¹⁷, alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea¹⁸ e alla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali¹⁹. Queste due previsioni, la ratifica delle prescritte convenzioni e la delega al governo per la definizione della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica, sono difatti quindi strettamente correlate. Inizialmente sia la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari sia la Convenzione relativa alla lotta alla corruzione dei funzionari prevedevano solamente la necessità di una responsabilità, nel rispetto dei principi stabiliti dal diritto nazionale, nei confronti dei dirigenti delle imprese o nei confronti di soggetti comunque detentori di potere decisionale o di controllo nel caso di commissione di reati di cui alle convenzioni da parte di persona soggetta alla loro autorità²⁰. Successivamente, invece, si è sentita la necessità di prevedere una responsabilità anche per l'ente stesso, infatti, sebbene non si faccia esplicito riferimento nell'intitolazione della legge n. 300/2000 al secondo protocollo²¹ del 19 giugno 1997 relativo alla Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (entrato in vigore solo il 19 maggio 2009), quest'ultimo prevede espressamente²² la necessità di "completare ulteriormente la

¹⁷ Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, C 316, 27 novembre 1995, entrata in vigore il 17 ottobre 2002 insieme al primo protocollo e al protocollo relativo alla sua interpretazione da parte della Corte di giustizia. Il secondo protocollo è entrato in vigore il 19 maggio 2009.

¹⁸ Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, C 195, 25 giugno 1997, entrata in vigore il 28 settembre 2005.

¹⁹ Entrata in vigore il 15 febbraio 2001.

²⁰ *Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*, Articolo 3, Responsabilità penale dei dirigenti delle imprese: "Ciascuno Stato membro prende le misure necessarie per consentire che i dirigenti delle imprese ovvero qualsiasi persona che eserciti il potere di decisione o di controllo in seno ad un'impresa possano essere dichiarati penalmente responsabili, secondo i principi stabiliti dal diritto interno, per gli atti fraudolenti commessi ai danni degli interessi finanziari delle Comunità, quali definiti all'articolo 1, commessi da persona soggetta alla loro autorità per conto dell'impresa"; *Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea*, Articolo 6, Responsabilità penale dei dirigenti delle imprese: "Ciascuno Stato membro prende le misure necessarie per consentire che i dirigenti delle imprese ovvero qualsiasi persona che esercitino poteri decisionali o di controllo in seno ad un'impresa possano rispondere penalmente, secondo i principi stabiliti dal diritto nazionale, per gli atti di corruzione di cui all'articolo 3, commessi da persona soggetta alla loro autorità e per conto dell'impresa".

²¹ Atto del Consiglio, del 19 giugno 1997, che stabilisce il secondo protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (GU C 221 del 19.7.1997, pag. 11-22).

²² *Secondo protocollo*, in allegato all'Atto del consiglio, 19 giugno 1997, Art. 3, Responsabilità delle persone giuridiche: "Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili della frode, della corruzione attiva e del riciclaggio di denaro commessi a loro beneficio da qualsiasi persona che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica, che detenga un posto dominante in seno alla persona giuridica, basati: sul potere di rappresentanza di detta persona giuridica, o sull'autorità di prendere decisioni per conto della persona giuridica, o sull'esercizio del controllo in seno a tale persona giuridica, nonché della complicità, dell'istigazione a commettere tale frode, corruzione attiva o riciclaggio di denaro o del tentativo di commettere tale frode. Oltre ai casi già previsti al paragrafo 1, ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili

convenzione con un secondo protocollo che riguarda segnatamente la responsabilità delle persone giuridiche”²³ raccomandandone “l’adozione da parte degli Stati membri conformemente alle loro rispettive norme costituzionali”²⁴. D’altro canto anche la convenzione OCSE²⁵, seppur in termini molto meno definiti, individuava l’obbligo di prevedere una responsabilità delle persone giuridiche. Quindi tali Convenzioni, sebbene siano multilaterali e non universali e sebbene siano di natura settoriale e non trasversale nelle materie trattate, denunciano comunque una tendenza, non solo europea e non solo di iniziativa europea²⁶, ad evitare “distorsioni nella competizione internazionale tra le imprese”²⁷ derivante dal vantaggio competitivo che generalmente deriva all’ente dall’avvalersi di pratiche illecite per il raggiungimento dei propri fini di profitto.

L’attenzione sempre crescente alla tutela degli interessi comunitari, il progressivo consolidamento del diritto comunitario e la carenza per la Comunità europea alla fine degli anni novanta, relativamente all’allora *terzo pilastro*²⁸, del potere di agire direttamente nella legislazione dei singoli Stati, hanno comportato la necessità per la Comunità europea di avvalersi, per il perseguimento dei propri obiettivi di tutela dai crimini economici, in alcuni casi di rinvii alle figure di reato nazionali, in altri casi della facoltà di obbligare gli Stati ad adeguare i propri sistemi anche nel settore penale, ma soprattutto hanno comportato la necessità di avvalersi dell’introduzione, ad opera del Consiglio dell’Unione europea, di sanzioni

quando la carenza di sorveglianza o controllo da parte di uno dei soggetti di cui al paragrafo 1 abbia reso possibile la perpetrazione di una frode, di un atto di corruzione attiva o di riciclaggio di denaro a beneficio della persona giuridica da parte di una persona soggetta alla sua autorità. La responsabilità della persona giuridica ai sensi dei paragrafi 1 e 2 non esclude l’azione penale contro le persone fisiche, che siano autori, istigatori o complici della frode, della corruzione attiva o del riciclaggio di denaro”.

²³ Atto del Consiglio, del 19 giugno 1997 (GU C 221 del 19.7.1997, pag. 11-22).

²⁴ Ibidem.

²⁵ Convenzione OCSE (traduzione dal Francese), Art. 2, Responsabilità delle persone giuridiche: “Ciascuna Parte deve adottare le misure necessarie, secondo i propri principi giuridici, per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche in caso di corruzione di un pubblico ufficiale straniero”.

²⁶ GANDINI F., *La responsabilità degli enti negli strumenti internazionali multilaterali. 1. Gli strumenti delle Nazioni unite*, in *Rivista231*, n. 1-2009, p. 13.

²⁷ GANDINI F., *La responsabilità degli enti negli strumenti internazionali multilaterali. 3. Gli strumenti OCSE-FATF*, in *Rivista231*, n. 2-2009, p. 37.

²⁸ Il Trattato sull’Unione europea (Maastricht, 1992) aveva dato vita ad un quadro istituzionale unico poggiato su tre pilastri: il pilastro delle Comunità Europee, il pilastro della cooperazione per la politica estera e della sicurezza (PESC) ed infine il pilastro della cooperazione di polizia e giudiziaria (GAI). In relazione a questi ultimi due pilastri era escluso il metodo comunitario, ma era previsto il metodo intergovernativo. L’art. K. 3 n. 2) lett. c) del trattato, in relazione alle materie previste all’all’art. K. 1, prevedeva solo la possibilità di elaborare convenzioni di cui si sarebbe raccomandato l’adozione da parte degli stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali, ma non prevedeva la possibilità di interventi legislativi diretti. La logica dei pilastri per quanto riguarda le materie relative alla cooperazione di polizia e giudiziaria è venuta meno a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

pecuniarie²⁹ di carattere afflittivo notoriamente elevate con penali irrogate dalla Commissione direttamente alle imprese.

In questo quadro di riflessione europea di fine anni novanta risultata evidente la richiesta sempre più incalzante dell'introduzione di una responsabilità degli enti anche nell'ordinamento nazionale "tanto più che alcuni paesi a noi vicini prevedevano già nei rispettivi sistemi una siffatta responsabilità, così come del resto essa era tradizionalmente sperimentata, almeno nel secolo scorso, nei paesi di *common law*"³⁰. È dunque questa progressiva e sentita necessità europea nonché e soprattutto la presa d'atto che in realtà "le istanze che premono sull'introduzione di forme di responsabilità degli enti collettivi appaiono infatti ancor più consistenti di quelle legate ad una pur condivisibile esigenza di omogeneità e di razionalizzazione delle risposte sanzionatorie tra Stati, essendo ormai pacifico che le principali e più pericolose manifestazioni di reato sono poste in essere (...) da soggetti a struttura organizzata e complessa"³¹ che ha portato all'attribuzione di una delega al Governo nella legge n. 300/2000 e alla sua messa in atto con il d.lgs. n. 231/2001.

1.2 La legge delega

Per quanto riguarda la genesi effettiva della legge n. 300/2000³², questa è stata pubblicata in GU n. 250 del 25 ottobre 2000 ed è entrata in vigore dal giorno successivo la sua pubblicazione. La legge non ha subito uno stallone particolarmente lungo presso la Camera dei Deputati ed il Senato della Repubblica in quanto tra l'approdo alla Camera dei Deputati e l'approvazione in via definitiva sono passati poco meno di due anni. In questa sede la questione che più è stata dibattuta³³ è stata non tanto il problema dell'attribuzione della responsabilità al soggetto collettivo, problematica già ampiamente discussa, insieme ad altre³⁴, nel gruppo di studio composto da professori ed operatori del diritto predisposto in data 13 giugno 1998,

²⁹ Come ad esempio il regolamento (CE/EURATOM) n. 2988/95, Consiglio dell'Unione europea, 18 dicembre 1995 relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità.

³⁰ ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Rivista delle società*, 2002, p. 395.

³¹ Art. 11, legge n. 300/2000 in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V.; Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, *introduzione*, p. 3.

³² Art. 16, Legge n. 300/2000.

³³ Per una analisi dei lavori Parlamentari si veda quanto descritto da PASCULLI M. A., *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano*, Bari: Cacucci Editore, 2005, pp. 110 e ss.

³⁴ Per le argomentazioni e le tematiche affrontate nei lavori preparatori dal gruppo di studio in questione si veda il lavoro di PASCULLI M. A., *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano*, Bari: Cacucci Editore, 2005, pp. 105 e ss.

quanto la precisa individuazione dei fatti illeciti su cui fondare la responsabilità dell'ente³⁵ ed anche sulla mera tecnica legislativa³⁶ di realizzazione della normativa in questione che è propesa verso l'attribuzione di una delega all'esecutivo.

La Legge si occupa di disciplinare la delega al Governo all'art. 11. Questo si compone di tre commi: il primo è il comma più cospicuo perché affronta dalla lettera a) alla lettera z) tutti gli aspetti più rilevanti della delega; il comma secondo definisce con maggiore precisione la locuzione *persone giuridiche* ai fini della delega ed il terzo comma invece invita l'esecutivo ad emanare norme che producano l'effetto di coordinamento con le altre leggi dello Stato nonché richiede all'esecutivo l'emanazione delle norme di carattere transitorio. È bene soffermarsi principalmente sull'analisi dei primi due commi.

Nel primo comma vengono affrontati alle lettere a), b), c), d) le tipologie di reato presupposto, alla lettera e) i criteri di ascrizione della responsabilità all'ente, nelle lettere f), g), h), i), l), m), n), o), p), q), r), s) viene individuato il sistema sanzionatorio connesso alla responsabilizzazione dell'ente ed infine nelle lettere t), u), v) e z) sono previste ulteriori previsioni che avrebbero dovuto agire sul piano civilistico. Nel primo comma si possono quindi individuare quattro gruppi di disposizioni:

1. le disposizioni delle lettere a), b), c) e d) prevedono un'elencazione embrionale e tassativa dei reati presupposto, la cui commissione, insieme al verificarsi delle altre previsioni previste dalla legge, fonda la responsabilità dell'ente;
2. la disposizione della lettera e) prevede i due criteri oggettivi di ascrizione della responsabilità all'ente: a) il primo è che il reato debba essere commesso nel vantaggio o interesse dell'ente (e quindi l'ente non risponde se il reato realizza un interesse dell'agente o di terzi); b) il secondo criterio è la relazione tra la persona fisica che realizza il reato e l'ente, tra i due deve sussistere una relazione funzionale, il soggetto deve essere una persona che svolge funzioni di rappresentanza o di amministrazione, chi esercita anche di fatto poteri di gestione

³⁵ La discussione riguardava la possibilità di estendere il catalogo dei reati presupposto, oltre alle fattispecie contemplate dagli atti internazionali in via di ratifica anche ad ipotesi criminose ulteriori costituenti tipica espressione della delinquenza d'impresa come i reati contro l'ambiente, legati alla salute e sicurezza sul lavoro e relativi al consumatore.

³⁶ Il Senato della Repubblica avrebbe preferito inserire una mera norma programmatica per rinviare la riflessione e l'elaborazione di un disegno di legge più completo ad un momento successivo, mentre la Camera dei Deputati, posizione che poi ha prevalso, riteneva preminente il bisogno di realizzare al più presto la normativa ai fini dell'aggiornamento dell'ordinamento italiano rispetto al contesto europeo e quindi propendeva per la delega all'esecutivo.

e di controllo o chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza delle persone su menzionate e quando la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi connessi a tali funzioni;

3. le lettere dalla f) alla s) riguardano le sanzioni individuate dal delegante. In particolare la lett. f) prevede i criteri generali e cioè che le sanzioni siano amministrative, effettive, proporzionate e dissuasive, le lettere g), h), i) e la lettera l) prevedono le singole tipologie di sanzioni, alle lettere m), n), o), p), q) e alla lettera r) sono previste le modalità di applicazione delle stesse e alla lettera s) si prevede l'istituzione di un'anagrafe nazionale delle sanzioni amministrative irrogate;
4. le disposizioni previste dalla lettera t) alla lettera v) andavano invece a prevedere tutta una serie di conseguenze civilistiche per l'ente dichiarato responsabile che avrebbero costituito eccezione al diritto comune. Le suddette lettere t), u), v) e z) avrebbero quindi preveduto:
 - il diritto di recesso dell'azionista, socio o associato innocente dalla società, associazione o ente con relativa liquidazione della quota posseduta;
 - l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori degli enti deliberata dall'assemblea con voti pari ad almeno 1/20 o almeno 1/40 a seconda dell'ammontare del capitale sociale;
 - che l'azione di risarcimento del danno riconosciuta a singoli soci o a terzi nei confronti degli amministratori non fosse vincolata alla dimostrazione del nesso di causalità diretto tra il fatto che ha determinato l'accertamento della responsabilità del soggetto ed il danno subito;
 - che tale ultima previsione si potesse applicare anche nel caso di azione di risarcimento del danno proposta contro l'azionista, il socio o l'associato che fosse stato consenziente o che avesse svolto, anche indirettamente o di fatto, funzioni di gestione, di controllo o di amministrazione, anteriormente alla commissione del fatto che ha determinato l'accertamento della responsabilità dell'ente.

Per quanto concerne il secondo comma questo, invece, individuava una specificazione della locuzione "persone giuridiche". Esso stabiliva che per persone giuridiche si intendono gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato e gli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri.

2 IL DECRETO LEGISLATIVO N. 231/2001³⁷

Dal confronto tra le previsioni della delega e quanto sancito dal decreto legislativo si desume che il Governo ha soltanto in parte accolto quanto stabilito dal Legislatore ordinario. Numerosi sono dunque i punti di distacco con gli originari principi e criteri direttivi in senso aggiuntivo e diminutivo.

In generale i punti di maggiore differenza riguardano: i reati presupposto, l'autonomia della responsabilità dell'ente, l'introduzione della previsione di modelli di organizzazione, gestione e controllo volti alla prevenzione dei reati con efficacia esimente a determinate condizioni ed i soggetti non assoggettabili alla disciplina.

Andando per ordine, per quanto concerne i reati presupposto nella versione originaria del decreto legislativo vigente al 4 luglio 2001 furono accolti soltanto i reati previsti dalla lettera a) del comma 1 dell'art. 11 della legge n. 300/2000 e dunque furono esclusi i reati alle lettere b), c), e d) del medesimo comma i quali erano rispettivamente i reati previsti dal Titolo VI, Libro II del Codice Penale (Delitti contro l'incolumità pubblica); i reati previsti agli artt. 589 e 590 del Capo II³⁸, Titolo XII relativo ai delitti contro la persona; i reati in materia di tutela dell'ambiente e del territorio previsti dalle varie leggi individuate dalla lettera d). Sono dunque rimaste escluse originariamente buona parte, se non la maggior parte, delle fattispecie di reato previsti dalla legge delega. La vulnerabilità di questa scelta può comunque in parte ritenersi superata alla luce delle successive integrazioni avvenute negli anni seguenti.

Altra novità di rilievo rispetto alle previsioni della legge delega, decisa dunque in autonomia dall'esecutivo rispetto ai criteri direttivi, è l'autonomia della

³⁷ Per completezza è bene ricordare che vi sono alcune fonti complementari al d.lgs. 231/2001, ed in alcuni casi anche derogatorie rispetto alla disciplina del decreto, tra le più importanti:

- Legge 16 marzo 2006, n. 146 che prevede la responsabilità dell'ente, facendo richiamo al d.lgs. n. 231/2001, in relazione al compimento dei reati transnazionali (Art.10);
- Art. 97 – bis del T.U.B. introdotto dal D.lgs. 9 luglio 2004, n. 197;
- Art. 60 – bis del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria introdotto dal d.lgs. 9 luglio 2004, n.197;
- Art. 266 del D.lgs. 7 settembre 2005, n.209 (Codice delle assicurazioni private);
- Delibera CONSOB n. 15786 del 27 febbraio 2007 che ha previsto l'attuazione del modello come onere per le Società che appartengono al segmento STAR (Segmento Titoli con Alti Requisiti) di Borsa Italiana;
- d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 che prevede la normativa anti – riciclaggio, il quale assegna un ruolo importante di sorveglianza all'Organismo di Vigilanza nella prevenzione reato;
- Art. 30 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, il quale prevede un particolare contenuto del modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per quanto concerne i reati relativi alla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

³⁸ “Dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale”.

responsabilità dell'ente rispetto a quella del soggetto che ha materialmente compiuto l'illecito. L'art. 8 infatti consente di non compromettere l'efficacia del decreto stesso, efficacia che sarebbe potuta venir meno se si fosse ancorata la responsabilità dell'ente alla responsabilità della persona fisica qualora ad esempio questa non si fosse potuta individuare specificamente.

Importante aspetto di novità del decreto rispetto ai criteri della legge delega è la previsione agli artt. 6 e 7 che prevedono la possibilità di implementare, adottare ed efficacemente attuare un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire la commissione dei reati presupposto. Questa previsione ha un importantissimo riflesso sulla disciplina della responsabilità dell'ente in quanto la fa conseguire sostanzialmente o ad una colpa di politica aziendale o ad una colpa di organizzazione la responsabilità individuando così tali fattispecie come presupposti soggettivi di imputazione³⁹. L'attuazione efficace del modello *ex-ante* al compimento del reato, escludendo l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza (art. 7, co. 2), comporta esclusione in radice della responsabilità dell'ente nell'ipotesi in cui il reato sia stato commesso dal sottoposto e, nel caso di reato commesso da un soggetto apicale dell'ente, esclude la responsabilità e comporta l'inapplicabilità delle sanzioni diverse dalla confisca (art. 6, co. 5) qualora l'ente riesca a provare che ricorrano contestualmente le condizioni indicate dall'art. 6, c. 1, lett. b), c) e d) e che il modello risponde alle esigenze del comma 2 dello stesso articolo. Se invece la loro attuazione si verifica *ex-post*, ma entro la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i succitati modelli di organizzazione e gestione (MOG) consentono all'ente di ottenere ai sensi dell'art. 12 co. 2 lett. b) una riduzione della sanzione da 1/3 alla metà, e, se oltre a questo attua anche quanto previsto dall'art. 12 co.2 lett. a), ai sensi del comma 3, una riduzione della sanzione dalla metà a 2/3. Il MOG, determinando l'insussistenza di una grave carenza organizzativa comporta anche l'inapplicabilità delle sanzioni interdittive, qualora vi siano gli ulteriori requisiti previsti dall'art. 17, evitando anche la pubblicazione della sentenza di condanna ai sensi dell'art. 18.

Ultimo aspetto di novità riguarda la definizione dei soggetti sottoposti alla disciplina del decreto. Il comma 1 della legge n. 300/2000 stabiliva che il decreto avrebbe dovuto disciplinare la responsabilità amministrativa delle "persone giuridiche e delle società, associazioni od enti privi di personalità giuridica che non

³⁹ L'aspetto sarà meglio approfondito al paragrafo 2.7.

svolgono funzioni di rilievo costituzionale”, al comma 2 poi veniva sancito che per “persone giuridiche” si dovessero intendere gli “enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo stato e gli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri”. Nel decreto legislativo invece, ferma restando l’applicabilità agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica, all’art. 1 co. 3 si prevede che le disposizioni del decreto non si applichino allo Stato, agli enti pubblici territoriali e agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale ampliando così i soggetti a cui non potrà applicarsi la normativa, in quanto gli enti pubblici non economici sono un insieme più vasto rispetto agli enti pubblici che esercitano pubblici poteri. Per quanto riguarda la soggettività la relazione ministeriale sottolinea⁴⁰:

- l’inequivoca volontà della delega di estendere la responsabilità anche a soggetti sprovvisti di personalità giuridica che ha suggerito l’utilizzo della parola “ente” piuttosto che persona giuridica;
- per quanto riguarda gli enti privati, ma privi di personalità giuridica, conscio il Legislatore del fatto che spesso tali enti sono sottoposti ad un maggior rischio di illegalità, ma anche del fatto che spesso, proprio per la loro natura, è frequente la carenza di consistenza patrimoniale, limitante di molto l’operatività della norma ai sensi dell’art. 27, con la conseguenza diseconomica di attivazione del dispendioso apparato processuale senza la previsione di un ritorno seppur minimo, esso ha deciso di includerli comunque, ma limitando l’applicazione delle norme alle sole società e alle associazioni;
- sono rimasti esclusi gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale tra cui sembrano rientrare i partiti politici ed i sindacati;
- per quanto riguarda gli enti dotati di soggettività pubblica, prima la dizione era “Lo stato e gli altri enti che esercitano pubblici poteri”. In questo senso erano sicuramente esclusi lo Stato, gli enti pubblici territoriali (regioni, province e comuni) e le pubbliche amministrazioni, mentre erano sicuramente ricompresi nell’ambito di applicazione della normativa gli enti pubblici economici. Questa definizione però lasciava ampie zone d’ombra, infatti si sarebbe avuto l’effetto di un continuo dibattito per quanto concerne, ad esempio, gli enti pubblici

⁴⁰ Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001 in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V.; Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, paragrafo 2, p. 11.

associativi, come l'ACI od il CRI, o gli enti pubblici che erogano un pubblico servizio tra cui le istituzioni di assistenza, le aziende ospedaliere, le scuole o le università pubbliche, altra categoria incerta sarebbero stati gli ordini ed i collegi professionali. La scelta del Legislatore delegato è stata dunque quella di estendere la categoria dei soggetti pubblici esclusi escludendo tutti gli enti pubblici non economici, questo in parte perché si escludeva la possibilità di produrre nel decreto un catalogo degli enti pubblici non assoggettabili alla normativa, in parte perché su alcuni enti pubblici vi era comunque molto dibattito circa la loro natura, in parte perché la sanzione pecuniaria comminata nei confronti di tali enti avrebbe avuto come ricaduta un disservizio per la generalità dei cittadini e per ultimo perché la volontà del Legislatore era quella di reprimere comportamenti illeciti relativi allo svolgimento di attività esplicitamente economiche e cioè assistite da fini di profitto così volendo escludere gli enti pubblici che perseguono e curano interessi pubblici che prescindono da finalità lucrative⁴¹.

2.1 Le modifiche successive⁴²

Per quanto concerne gli aggiornamenti all'atto questi sono stati molteplici e quasi tutti hanno riguardato i reati presupposto contenuti nel Capo I, Sezione III "Responsabilità amministrativa per reati previsti dal codice penale", rimanendo pressoché immutata la struttura del Decreto Legislativo⁴³.

Le principali modifiche sono state:

⁴¹ Scelta confermata dal fatto che gli enti a soggettività privata, che tuttavia svolgono un pubblico servizio (in virtù ad esempio di convenzioni o concessioni), sono implicitamente assoggettabili alla disciplina ai sensi del comma primo lett. 1 n. 3), che disciplina la prosecuzione dell'attività quando la prosecuzione dell'attività è necessaria per evitare pregiudizio a terzi (adesso art. 15 del Decreto Legislativo n. 231/2001). In questo caso infatti la finalità di natura pubblicistica non esclude il movente economico.

⁴² La cronologia delle modifiche è reperibile sul sito www.normattiva.it.

⁴³ Le modifiche che hanno riguardato la struttura sono state:

- Abrogazione dell'art. 75 relativo all'esecuzione delle sanzioni pecuniarie dal D.P.R. n. 115/2002;
- Abrogazione degli artt. 80, 81, 82 e della lett. b) dell'art. 85 con il D.P.R. n. 313/2002 relativi all'anagrafe nazionale e alle disposizioni regolamentari;
- Modifica all'art. 6 co. 3 relativamente alla comunicazione dei codici di comportamento con decreto del Ministero della giustizia n. 201/2003;
- Modifica art 18 co. 2 relativo alla pubblicazione della sentenza di condanna dalla legge n. 191/2009;
- Introduzione del comma 4 – bis nell'art. 6 relativo alla possibilità per l'organo di controllo di svolgere la funzione di Organismo di Vigilanza ad opera della legge n. 183/2011;
- L'introduzione del comma 1 – bis dell'Art. 53 ad opera del D.L. n. 101/2013 relativamente al sequestro preventivo.

- Introduzione dell'art. 25 - *bis* ad opera del decreto legge n. 350/2001 relativo a “Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento”;
- Introduzione dell'art. 25 - *ter* ad opera del decreto legislativo n. 61/2002 relativo ai “Reati societari”;
- Introduzione dell'art. 25 - *quater* ad opera della legge n. 7/2003 relativo ai “Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico”;
- Introduzione dell'art. 25 - *quinqies* ad opera della legge n. 228/2003 relativo ai “Delitti contro la personalità individuale”;
- Introduzione dell'art. 25 - *sexies* ad opera della legge n. 62/2005 relativo agli “Abusi di mercato”;
- Modifica dell'art. 25 – *ter* ad opera della legge n. 262/2005;
- Introduzione dell'art. 25 – *quater.1* ad opera della legge n. 7/2006 relativo alle “Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili”;
- Modifica dell'art. 25 – *quinqies* ad opera della legge n. 38/2006;
- Introduzione dell'art. 25 – *septies* ad opera della legge n. 123/2007 relativo allo “Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”;
- Introduzione art. 25 – *octies* ad opera del decreto legislativo n. 231/2007 relativo alla “Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio”;
- Introduzione dell'art. 24 – *bis* ad opera della legge n. 48/2008 relativo ai “Delitti informatici e trattamento illecito dei dati”;
- Modifica dell'art. 25 – *septies* ad opera della legge n. 81/2008;
- Introduzione dell'art. 24 – *ter* ad opera della legge n. 94/2009 relativo ai “Delitti di criminalità organizzata”;
- Modifica dell'art. 25 – *bis*, introduzione dell'art. 25 – *novies* relativo ai “Delitti in materia di violazione del diritto di autore”, introduzione dell'art. 25 – *bis.1* relativo ai “Delitti contro l'industria ed il commercio” ad opera della legge n. 99/2009;
- Modifica dell'art. 25 – *novies* ad opera della legge n. 116/2009;
- Introduzione dell'artt. 25 – *decies* ed *undecies* relativi rispettivamente alla “Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci

all'autorità giudiziaria" e ai "Reati ambientali" e modifica all'art. 25 - *novies* ad opera del decreto legislativo n. 121/2011;

- Introduzione dell'art. 25 – *duodecies* relativo all'“Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare” ad opera del decreto legislativo n. 109/2012;
- Modifica dell'art. 25 – *ter* e dell'art. 25 ad opera della legge n. 190/2012;
- Modifica dell'art. 25 – *quinqüies* ad opera del decreto legislativo n. 39/2014;
- Modifica all'art. 25 – *octies* ad opera della legge n. 186/2014;
- Modifica all'art. 25 – *undecies* ad opera della legge n. 68/2015;
- Modifica dell'art. 25 – *ter* ad opera della legge n. 69/2015.

2.2 Breve cenno sulla qualificazione della responsabilità delle persone giuridiche

L'art. 1 co. 1 del Decreto Legislativo n. 231/2001 sancisce che il decreto in oggetto “disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato”. Come sottolinea la Relazione ministeriale al decreto legislativo n. 231/2001 “l'incremento ragguardevole dei reati dei “colletti bianchi” e di forme di criminalità a questa assimilabili ha di fatto prodotto un *sopravanzamento della illegalità di impresa* sulle illegalità individuali, tanto da indurre a capovolgere il noto brocardo, ammettendo che ormai la *societas* può (e spesso vuole) *delinquere*”⁴⁴. Non sarà sicuramente possibile delineare le posizioni di quelle che sono e che sono state in passato le più importanti voci nel dibattito circa la qualificazione della tipologia di responsabilità individuata dalla normativa in quanto esulerebbe sicuramente dai fini di questo lavoro, ci si limita pertanto in questa sede ad inquadrare nei tratti essenziali quella che, dalla stessa relazione, è stata definita *tertium genus* di responsabilità, lasciando a testi giuridici specialistici l'illustrazione del dibattito che fu ed anche dei limiti e delle opportunità riferibili alla qualificazione della responsabilità come amministrativa o come penale in relazione alle caratteristiche dei due differenti sistemi sanzionatori, evidenziando solamente a questo proposito che, nonostante il decreto delinei un microsystema autonomo, una posizione non definitiva renderebbe, così come ha reso⁴⁵, difficile decidere a quali principi generali e a quale normativa

⁴⁴ Introduzione in *Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001* in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V.; Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, paragrafo 1, p. 9.

⁴⁵ Ad esempio con riferimento alla questione di ammissibilità di istituti tipici del diritto penale quali l'istituto di costituzione di parte civile (nel caso di processo nei confronti dell'ente la giurisprudenza è stata in difficoltà nell'affermarne l'applicabilità). Questo dimostra come una non precisa definizione del tipo di responsabilità

far riferimento per l'integrazione della disciplina nel caso in cui si presentino lacune normative nel decreto.

La *vexata quaestio* circa la qualificazione della tipologia di responsabilità ha natura antica ed è tutt'oggi ancora aperta. Dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 231/2001 sia la dottrina che la giurisprudenza sono state dibattute sul tema della qualificazione della responsabilità tanto che si possono individuare almeno⁴⁶ tre posizioni:

A) coloro⁴⁷ che ritengono la responsabilità sostanzialmente penale⁴⁸ vedono in questi elementi le argomentazioni principali a sostegno della tesi:

1. la responsabilità diretta (e non solidale) dell'ente è connessa non alla commissione di un illecito amministrativo, ma alla commissione di uno specifico reato da parte di un soggetto apicale o da parte di un subordinato nell'interesse o vantaggio dell'ente stesso, quindi l'origine della responsabilità amministrativa è un illecito che consta in una struttura complessa che si caratterizza in primo luogo dalla commissione al reato commesso da parte di una persona fisica funzionalmente collegata all'ente. Quindi l'illecito dell'ente discende da una condotta che l'ordinamento qualifica come penale;
2. in base a quanto sancito dall'art. 59 del d.lgs. n. 231/2001 l'autorità competente a svolgere le indagini preliminari e ad esercitare l'azione penale nei confronti dell'ente è il pubblico ministero;
3. la cognizione relativa a questa responsabilità è demandata totalmente al giudice penale, l'accertamento del fatto avviene infatti secondo la

comporti delle difficoltà nel caso in cui il decreto taccia rispetto a determinati istituti. Dovrebbe ritenersi applicabile, secondo i sostenitori della qualificazione della responsabilità come di tipo penale, la disciplina prevista nel codice penale e di rito, secondo i sostenitori della qualificazione della responsabilità come responsabilità amministrativa la lacuna dovrebbe essere colmata, invece, con la legge n. 689/1981 relativa all'illecito amministrativo.

⁴⁶ Vi è anche chi ha ravvisato in questo tipo di responsabilità un "secundum genus penalistico", ossia un diritto penale diverso, "con categorie sistematiche e criteri di imputazione suoi propri – ritagliato ovviamente sulle specifiche fattezze dei soggetti metaindividuali" (si veda su questo DE SIMONE G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, ETS, Pisa, 2012) ovvero chi considera l'illecito da reato, di cui al decreto legislativo n. 231/2001, come illecito penale a tutti gli effetti, al quale conseguono però sanzioni non coincidenti né con la pena né con le misure di sicurezza e dunque qualificabili come *terzo binario* del diritto penale criminale (si veda a questo proposito DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito dipendente da reato. Luci e ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in Riv. it. dir. proc. pen., pp. 1131 ss.).

⁴⁷ In Dottrina ad esempio PALIERO, *Il D.lgs. 8 giugno 2001 n.231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corriere Giuridico*, n. 7/2001, p. 845; in Giurisprudenza ad esempio Cass. Pen. SS. UU., 27 marzo 2008, n. 26654, Cass. Pen. Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615.

⁴⁸ Tanto che taluni l'hanno definita "frode delle etichette" intendendo proprio l'occultamento di una responsabilità penale dietro ad una etichetta di responsabilità amministrativa.

giurisdizione e le regole del processo penale e la sede dell'accertamento della responsabilità dell'ente è il processo a carico dell'autore materiale del reato (art. 34 d.lgs. n. 231/2001);

4. l'esplicita estensione all'ente delle disposizioni processuali concernenti l'imputato in quanto compatibili (art. 35 d.lgs. n. 231/2001);
5. la presenza di sanzioni di contenuto afflittivo (sanzioni pecuniarie e sanzioni interdittive, queste ultime tipicamente special preventive) che non vengono irrogate dalla Pubblica Amministrazione, ma comminate con sentenza dal Giudice Penale;
6. l'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001 prevede che la responsabilità dell'ente sia autonoma rispetto a quella delle persone fisiche autrici del reato⁴⁹, questo permette di superare il limite di dover necessariamente individuare la persona fisica agente all'interno dell'azienda, cosa assai difficile il più delle volte a causa della complessità dell'organizzazione. Se non si attribuisse natura penale alla responsabilità si avrebbe l'assurda situazione di uno svolgimento del procedimento penale solo per accertare un illecito amministrativo;
7. la rilevanza extraterritoriale degli illeciti attribuiti agli enti;
8. la previsione di possibilità di rinuncia all'amnistia da parte dell'ente (art. 8 comma 3), come diritto dell'imputato alla difesa e di essere assolto nel merito delle accuse vanificando così i dubbi sulla sua colpevolezza (ciò mette in evidenza il carattere di discredito che generalmente si abbina alla responsabilità penale);
9. il sistema di misurazione per quote delle pene pecuniarie ispirato ad altri modelli penali come quello statunitense, idoneo per calibrare la sanzione punitiva alle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente;
10. la previsione di responsabilità anche per il solo tentativo di commissione del reato (art. 26 d.lgs. n. 231/2001);
11. la previsione, ora non più sussistente, di istituzione di un'anagrafe nazionale delle sanzioni inflitte agli enti simile al funzionamento del casellario giudiziale;

⁴⁹ Non manca chi, come Mario Romano (ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Rivista delle società*, 2002, p. 410), ritiene la responsabilità dell'ente non autonoma, ma, ancorché distinta, derivata.

12. l'applicazione dei principi di legalità e di retroattività della legge successiva più favorevole (artt. 2 e 3 comma 2 del d.lgs. n. 231/2001);

B) coloro⁵⁰ che ritengono la responsabilità assolutamente amministrativa si basano su questi elementi:

1. il dato letterale: la responsabilità è definita dal Legislatore amministrativa (ad esempio nella intitolazione del d.lgs. n. 231/2001, nella titolazione del Capo I; nell'art. 1 co.1);
2. il regime della prescrizione delineato dal decreto all'art. 22 di durata quinquennale, il quale non è in linea con i principi penalistici, ma piuttosto con l'art. 28 della legge 689/1981;
3. la disciplina delle vicende modificative dell'ente (scissione, fusione, trasformazione, conferimento) di tipo civilistico, la quale prevede la traslazione delle obbligazioni della società oggetto della modificazione alla società scissa, fusa, incorporante o conferitaria per l'ovvio fine di evitare che tramite queste operazioni, a seguito del cessare della persona giuridica interessata, vengano utilizzate per eludere la legge, disciplina in ovvio contrasto con il principio di personalità della pena sancito dall'art. 27 Cost. co. 1;
4. il fatto che anche l'illecito amministrativo possa essere giudicato in connessione con l'illecito penale, quindi se è vero che non c'è pena senza processo penale non è vero l'opposto, vi potrà bene essere una sanzione amministrativa inflitta nel corso del processo penale (come nel caso dell'art. 24 della l. n. 689/1981);
5. l'inversione dell'onere della prova prevista all'art. 6 d.lgs. n. 231/2001;

C) coloro⁵¹ che ritengono la responsabilità un *tertium genus* fondano le loro argomentazioni sulla considerazione che le regole previste dal decreto afferiscono sia al sistema penale che al sistema amministrativo, non essendo la disciplina né riferibile all'uno né all'altro sistema in particolare. Chi sostiene questa posizione fa anche riferimento alla posizione espressamente presa nella relazione al decreto

⁵⁰ In dottrina ad esempio ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Rivista delle società*, 2002, p. 394 ed in giurisprudenza ad esempio Cass. Pen., sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192 e Cass. Pen., sez. IV, 25 giugno 2013, n. 42503.

⁵¹ In dottrina ad esempio SALOMONE R., *Il principio societas delinquere non potest. La natura della responsabilità prevista dal D.lgs. 231/2001*, in D'AVIRRO A. – DI AMATO A. (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa, la responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer, Cedam, 2009, pp. 3 – 48; in giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083/2009 e la nota sentenza sul caso Thyssen, Cass. Pen., SS. UU., 18 settembre 2014 n. 38343.

che descrive la responsabilità dell'ente proprio come genere terzo e dunque differente. In dottrina c'è anche chi ha elaborato una definizione della responsabilità di tipo neutro come ad esempio Pulitanò con la definizione “responsabilità da reato”⁵², definizione che esprime e concentra il nucleo essenziale della nuova disciplina senza evocare del resto in particolare nessun sistema di riferimento;

Certo è anche che certi elementi, a seconda di come sono interpretati, possono indifferentemente essere elementi a favore o contro la medesima posizione, e che, come giustamente nota De Simone “taluni di questi indizi sono sistematicamente richiamati dai sostenitori della natura penale della responsabilità, mentre altri tornano utili piuttosto a chi ritiene che si tratti di una responsabilità autenticamente amministrativa”⁵³.

La stessa Relazione al decreto⁵⁴ comunque risulta contraddittoria: mentre in prima battuta ritiene che dal punto di vista teorico non si sarebbero incontrate “insuperabili controindicazioni alla creazione di un sistema di vera e propria responsabilità *penale* degli enti” ritenendosi ormai “superata l'antica obiezione legata al presunto sbarramento dell'art. 27 Cost., e cioè all'impossibilità di adattare il principio di colpevolezza alla responsabilità degli enti” ritenendo “ormai recessiva una concezione psicologica della colpevolezza” ritenendosi la colpevolezza meglio identificarsi con il concetto di rimproverabilità, tuttavia il Legislatore “ha preferito (...) ispirarsi a maggior cautela, ed ha optato per un tipo di responsabilità amministrativa”. La relazione ancora precisa che la responsabilità è conseguente al *reato* ed è legata alle garanzie del processo penale e che quindi “diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai classicamente desunto dalla legge n. 689 del 1981”. Questo, sempre secondo quanto scritto nella relazione, darebbe esito ad un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia”. Lo stesso Legislatore, quindi, ritiene di aver optato per una responsabilità amministrativa che

⁵² PULITANÒ D., *La responsabilità “da reato” degli enti nell'ordinamento italiano*, in *La responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in Cass. Pen., supplemento al n. 6, 2003, pp. 417 – 418.

⁵³ DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, p. 12.

⁵⁴ *Introduzione in Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001 in Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V.; Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, pp. 10-11.

però consegue a reato ed è legata alle garanzie del processo penale e che dunque andrebbe a qualificare un genere terzo e nuovo.

La posizione del Legislatore delegato non è certo chiara, ma sicuramente prudente. In quest'ottica alcuni studiosi hanno preferito parlare più genericamente, come già accennato, ed in senso neutro, di “responsabilità da reato”⁵⁵. Probabilmente le esigenze di celerità che hanno accompagnato la necessità della sua introduzione nell'ordinamento, in parte per contemplare obblighi di fonte internazionale ed in parte derivanti dalla necessità di una conformazione ordinamentale con gli altri paesi dell'Unione europea, hanno fatto sì che non ci fosse il tempo di affrontare ed esaurire l'annosa discussione dottrinale dando così priorità ad esigenze di ordine più pratico come quella di eliminare una zona d'ombra di ingiustificata impunità dell'ente a scapito della frequente imputazione di violazioni a singoli, spesso mere braccia della mente criminale; tutto ciò certo non senza conseguenze per gli interpreti⁵⁶ e per gli operatori del diritto⁵⁷.

2.3 Ambito soggettivo di applicazione ⁵⁸

Il comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. n. 231/2001 individua, seppur genericamente, positivamente i soggetti ai quali la disciplina si applica (enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica), mentre il comma 3 individua positivamente le esclusioni, ossia i soggetti ai quali la disciplina non si applica (lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale).

Prima di entrare nel merito delle singole categorie è bene rilevare che alcuni studiosi hanno evidenziato quelli che sarebbero gli elementi essenziali dell'ente attraverso un'analisi ed una interpretazione sistematica del decreto legislativo. In particolare occorrerebbe “verificare che lo statuto giuridico dell'ente, così come

⁵⁵ PULITANÒ D., *La responsabilità “da reato” degli enti nell'ordinamento italiano*, in *La responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in Cass. Pen., supplemento al n. 6, 2003, pp. 417 – 418.

⁵⁶ Anche in merito alla compatibilità della disciplina legale con i principi costituzionali dell'ordinamento penale per chi sostiene la qualificazione come penale della responsabilità dell'ente da reato (su questo: Cass. Pen., SS. UU., 18 settembre 2014, n. 38343) come ad esempio la costituzionalità dell'art. 58 alla luce dell'art. 112 Cost.

⁵⁷ Si pensi al caso già ricordato dell'applicabilità o meno, nel processo contro l'ente, dell'istituto della costituzione di parte civile ed anche dell'istituto della sospensione condizionale della pena a volte esclusi anche da chi sostiene la qualificazione della responsabilità come *tertium genus* ed a volte anche da chi sostiene la qualificazione della responsabilità come penale (si veda ad esempio: Cass. Pen. Sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 3786).

⁵⁸ Per quanto riguarda le modifiche relative al profilo soggettivo in relazione alla legge n. 300/2000 e al d.lgs. n. 231/2001 si veda il paragrafo 2.

normativamente previsto, consenta di configurare, in capo allo stesso, i seguenti elementi:

- un interesse dell'ente distinguibile da quello della persona fisica che compie il reato (in considerazione del disposto di cui agli artt. 5 e 12, 1 co., lett. a));
- una organizzazione che lo distingua dalla persona fisica che compie l'atto (in considerazione del fatto che gli artt. 5, 6 e 7 prevedono che l'ente sia rappresentato o amministrato o diretto o gestito da diverse "persone" e che esistano soggetti sottoposti all'altrui direzione);
- un patrimonio ad esso riconducibile, distinto da quello delle persone fisiche (in considerazione del disposto dell'art. 27)"⁵⁹.

Per quanto riguarda i soggetti privati cui si applica la normativa essi sono dettagliatamente individuati da Stefano Delsignore nel suo commento all'art.1 del decreto in oggetto⁶⁰. In dettaglio questi sono individuabili nei soggetti privati con o senza personalità giuridica quali associazioni riconosciute e fondazioni (artt. 14 e ss. c.c.), associazioni non riconosciute (artt. 36 e ss. c.c.), nelle fondazioni bancarie (nate come enti pubblici, anche dopo la formale privatizzazione con il d.lgs. 17.05.1999, n. 153 continuarono ad essere considerati organismi di diritto pubblico, ma a seguito della sentenza n. 300 del 29.09.2003 della corte costituzionale è stata definitivamente chiarita la natura privata delle stesse), i comitati non riconosciuti (artt. 39 e ss. c.c.), le società di capitali, le società di persone, gli studi associati, le società tra professionisti e le altre società rispetto alle quali si riscontra una peculiare disciplina positiva (come ad esempio per le società per azioni di interesse nazionale (art. 2451 c.c.), gli intermediari finanziari (art. 106, D.lgs. 1.9.1993, n. 385), le società di intermediazione mobiliare (sim), le imprese di investimento, le società di investimento a capitale variabile (sicav), le società di gestione dei fondi comuni di investimento e società di revisione (D.Lgs. 24.2.1998, n.58) e le società sportive (art. 10, l. 23.3.1981, n. 91 come modificato dall'art. 4 del D.L. 20.9.1996 convertito in legge 18.11.1996, n.586)); le società di capitali unipersonali (G.I.P. Trib. Milano, 12.3.2008 ad esempio), i Gruppi Europei di Interesse Economico (detti anche GEIE, introdotti nel nostro ordinamento con il D.lgs. n. 240 del 23 luglio 1991, in quanto non si individua nella disciplina come requisito la necessità di un fine lucrativo

⁵⁹ *Commento* all'art.1 del D.lgs. n. 231/2001, di DELSIGNORE S., in CADOPPI A. – GARUTI G. – VENEZIANI P., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer, Utet giuridica, 2010, p. 76.

⁶⁰ *Ivi*, p. 77 e ss.

dell'ente), le società cooperative e mutue assicuratrici (rispettivamente artt. 2511 e ss. c.c. e 2546 e ss. c.c., in quanto la finalità mutualistica delle stesse non assume alcun rilievo), i consorzi che svolgono attività esterna (artt. 2612 e ss. c.c. ad esclusione di quelli realizzati da enti pubblici territoriali e/o enti pubblici non economici), gli enti che operano nel settore non profit (qualunque sia la forma giuridica di questi enti, sia che il Legislatore abbia riconosciuto agli stessi *ope legis* la qualifica di Onlus, sia che tale qualifica derivi ai sensi del D.Lgs. 4.12.1997, n. 460, lo scopo non lucrativo non li esime dalla disciplina in esame), le società fiduciarie (in quanto la *causa fiduciae* non rileva in questo ambito), gli enti di diritto privato che svolgono funzioni nell'interesse della collettività o un pubblico servizio o una pubblica funzione, anche qualora i soci dell'ente siano enti pubblici (ad esempio società commerciali che erogano servizi pubblici nel settore dell'energia, nella gestione della rete autostradale o delle reti di telefonia e ciò si ricava anche dal disposto dell'art. 15 comma 1° lett. a) che prevede la nomina di un commissario per il periodo di durata della pena interdittiva qualora l'interruzione del servizio possa provocare pregiudizio grave alla collettività), i fondi comuni di investimento ed i fondi pensione.

Per quanto riguarda gli enti assoggettati a procedure concorsuali l'autore ritiene che la disciplina si applichi sia nel caso in cui l'illecito sia stato commesso prima sia che sia stato commesso dopo l'avvio della procedura concorsuale anche se, come riflette l'autore, l'applicazione della "sanzione pecuniaria agli enti insolventi finisce infatti per pregiudicare esclusivamente i terzi creditori piuttosto che la persona giuridica"⁶¹.

Per quanto riguarda gli enti privati esclusi dall'applicazione della normativa, in base ai requisiti previamente espressi, questi sono individuati nelle imprese individuali⁶², anche se in senso difforme si esprime parte della giurisprudenza ed

⁶¹ *Commento* all'art.1 del D.lgs. n. 231/2001, di DELSIGNORE S., in CADOPPI A. – GARUTI G. – VENEZIANI P., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer, Utet giuridica, 2010, p. 80

⁶² In relazione agli elementi essenziali dell'ente individuati inizialmente rimarrebbe esclusa la persona fisica dalla nozione di ente e quindi l'impresa individuale dalla disciplina della responsabilità da reato. In questo senso la giurisprudenza non è del tutto unanime. Si veda ad esempio Cass. Pen., sez. VI, 3 marzo 2004, n. 18941 che è contraria all'inclusione della persona fisica tra i soggetti cui si riferisce la disciplina della responsabilità da reato; in particolare la contrarietà fa perno su due argomentazioni: la prima di natura linguistica e sistematica, la dicitura "ente", anche in relazione al contesto internazionale in cui il decreto legislativo è nato, farebbe presupporre il riferimento a soggetti metaindividuali; la seconda argomentazione invece si basa proprio su quanto sancito dalla stessa relazione di accompagnamento al decreto legislativo, la quale inquadra il decreto come intervento contro le "pericolose manifestazioni di reato poste in essere da soggetti a struttura organizzata e complessa". Contraria anche Cass. Pen., Sez. VI, 23 luglio 2012, n. 30085 la quale si limita a richiamare incidentalmente la precedente sentenza. Si veda in senso contrario Cass. Pen., sez. III, 20 aprile 2011, n.15657, in questo caso, invece, si ritiene

anche il comando generale della guardia di finanza⁶³, nell'impresa familiare in quanto questa viene comunemente ricompresa nella categoria delle imprese individuali⁶⁴. Sono esclusi dall'applicazione della normativa, sulla base dei requisiti della definizione di ente, ed in quanto carenti di una soggettività distinta dalle persone che en fanno parte, il fondo patrimoniale tra coniugi (art. 167 c.c.), l'eredità giacente (art. 528 c.c.), le varie forme di comunione (ad esempio i condomini), le associazioni in partecipazione, le associazioni temporanee tra imprese⁶⁵, i consorzi con attività interna.

Per quanto riguarda gli enti a soggettività pubblica, come precedentemente accennato, il carattere pubblico non costituisce criterio di esclusione dall'applicabilità della normativa e il decreto legislativo, agendo in negativo, prevede solo gli enti che non sono assoggettabili alla disciplina. Questi sono sicuramente lo Stato (si ritiene che il termine sia stato utilizzato nella accezione più ampia e comprenda quindi tutte le articolazioni amministrative come ad esempio Ministeri, Prefetture, Questure), gli enti territoriali (come ad esempio le regioni, le province ed i comuni, le città metropolitane e le unioni di comuni); gli enti di rilievo costituzionale⁶⁶ e gli enti pubblici non economici⁶⁷.

applicabile la disciplina all'imprenditore individuale perché in primo luogo la dicitura del 2° comma dell'art. 1 del decreto legislativo n. 231/2001 non individua positivamente i soggetti da escludere ovvero includere e quindi potrebbe l'impresa individuale rientrare nella definizione "ente fornito di personalità giuridica" prevista dal comma; l'esclusiva applicazione della normativa ai soggetti metaindividuali creerebbe un ingiustificato vuoto normativo; altra argomentazione è che la normativa ben si applica alle società a responsabilità limitata unipersonali (GIP Trib. Milano, 12 marzo 2008); ultima argomentazione è che anche un'impresa individuale può avere una organizzazione complessa che spesso può coinvolgere soggetti terzi responsabili, diversi dall'imprenditore, ma che operano nell'impresa.

⁶³ GUARDIA DI FINANZA, *Volume III. Responsabilità amministrativa degli enti dipendenti da reato – Accertamento della responsabilità – Percorso operativo vol. I, Vol. II*, Circolare n. 83607, 19 marzo 2012, p. 5-6.

⁶⁴ Corte di Cassazione, sez. lavoro, nella sentenza del 6 agosto 2003, n. 11881.

⁶⁵ Si veda Cass. SS.UU., 2 luglio 2008, n. 26654.

⁶⁶ *Commento* all'art.1 del D.lgs. n. 231/2001, di DELSIGNORE S., in CADOPPIA. – GARUTI G. – VENEZIANI P., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer, Utet giuridica, 2010, p. 87, secondo l'autore trattasi di una locuzione da intendersi riferita esclusivamente ad enti privati come ad esempio i partiti politici ed i sindacati.

⁶⁷ *Commento* all'art.1 del D.lgs. n. 231/2001, di DELSIGNORE S., in CADOPPIA. – GARUTI G. – VENEZIANI P., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer, Utet giuridica, 2010, p. 83 l'autore individua nella categoria di ente pubblico non economico ad esempio gli enti pubblici associativi come ad esempio la croce rossa italiana (CRI), gli enti pubblici associativi istituzionali (come ad esempio gli Ordini professionali), gli enti pubblici esercenti pubblico servizio (quali ad esempio le scuole, le università, le aziende ospedaliere, le USL, gli istituti e gli enti pubblici di ricerca, gli istituti pubblici di assistenza e beneficenza, le camere di commercio), le autorità amministrative indipendenti con funzioni di controllo (come ad esempio la CONSOB) ed infine gli enti pubblici autarchici (come ad esempio Inps ed Inail). Per quanto riguarda le società a capitale cd. misto (i cui conferimenti pervengono in parte da enti pubblici) così come quelle a capitale interamente pubblico esse sono soggette, invece, alla disciplina in quanto società e quindi in quanto enti a soggettività privata. L'autore individua poi soggettività particolari, come ad esempio gli enti ecclesiastici e gli enti di diritto straniero per i quali si rimanda all'opera per un più opportuno approfondimento.

Una problematica interessante riguarda infine i *gruppi* societari. Il gruppo di società è generalmente considerato una realtà prettamente economica⁶⁸ in quanto in quello che economicamente viene definito gruppo convivono differenti ed autonomi soggetti giuridici⁶⁹, ma quasi sin da subito si è registrata l'esigenza di confrontare tale realtà economica con la disciplina di detto decreto a causa dell'estensione che il fenomeno dei gruppi ha nel tessuto economico del nostro paese. Come giustamente evidenziato nelle linee-guida di confindustria⁷⁰, non si potrà mai parlare di responsabilità *del* gruppo, perché il gruppo di per sé non è un ente e dunque non rientra, posta la differente personalità giuridica dei soggetti che lo compongono, direttamente tra i soggetti cui si riferisce la normativa. Necessario risulta però interrogarsi sulla possibile responsabilità da reato *nel* gruppo ed in questo senso essi dunque possono essere annoverati tra i soggetti ai quali si può riferire la normativa in oggetto. Conformemente, invece, a ritenere il gruppo societario come potenziale soggetto ai sensi dell'art. 1 comma 2 è anche il comando generale della guardia di finanza⁷¹. Si rimanda, per quanto concerne le problematiche applicative al paragrafo 2.6 relativo al criterio oggettivo di imputazione.

2.4 I reati presupposto⁷²

Di seguito l'elencazione dei reati presupposto individuati agli artt. 24, 24 – *bis*, 24 – *ter*, 25, 25 – *bis*, 25 – *bis*.1, 25 – *ter*, 25 – *quater*, 25 – *quater*.1, 25 – *quinquies*, 25 – *sexies*, 25 – *septies*, 25 – *octies*, 25 – *novies*, 25 – *decies*, 25 – *undecies*, 25 – *duodecies* del d.lgs. n. 231/2001 ed i reati transnazionali ai sensi dell'art. 10, legge n. 146/2006⁷³.

⁶⁸ Il cui fine principale si ravvisa generalmente nell'esigenza di ripartire il rischio.

⁶⁹ Proprio in relazione a questo aspetto si ritiene che ciascuna società debba avere il proprio modello di organizzazione e di gestione. Presupposto infatti della sua idoneità è una adeguata e corretta mappatura dei rischi, notoriamente differenti in ogni realtà. Un modello organizzativo unitario sarebbe soltanto formale. Per quanto concerne l'Organismo di Vigilanza, dal dettato dell'art. 6, lett. b) del d.lgs. n. 231/2001 si ritiene che ciascun ente debba avere il proprio Organismo di Vigilanza nominato dall'organo direttivo dell'ente stesso. Questi aspetti verranno approfonditi nel Capitolo III, paragrafo 1.2.6, nella parte relativa alla composizione dell'Organismo di Vigilanza.

⁷⁰ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, Aggiornate al marzo 2014, p. 72.

⁷¹ GUARDIA DI FINANZA, *Volume III. Responsabilità amministrativa degli enti dipendenti da reato – Accertamento della responsabilità – Percorso operativo vol. I, Vol. II*, Circolare n. 83607, 19 marzo 2012, p. 5.

⁷² Elencazione aggiornata alla data del 14 giugno 2015 (ultimo provvedimento inserito: Legge 27 maggio 2015, n.69) reperibile sul sito www.aodv231.it.

⁷³ Per le finalità di questo lavoro non si intende approfondire le singole fattispecie di reato. Per una trattazione dettagliata, sebbene non esaustiva, delle singole fattispecie di reato, si veda, tra i tanti, APARO A. – FUCITO F., *I reati presupposto*, in DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, pp. 383 -506.

1. Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico (Art. 24, d.lgs. n. 231/2001).
2. Delitti informatici e trattamento illecito di dati (Art. 24-*bis*, d.lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla l. n. 48/2008].
3. Delitti di criminalità organizzata (Art. 24-*ter*, d.lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla l. n. 94/2009 e modificato dalla l. n. 69/2015].
4. Concussione, induzione indebita a dare o promettere altra utilità e corruzione (Art. 25, d.lgs. n. 231/2001) [articolo modificato dalla l. n. 190/2012].
5. Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento (Art. 25-*bis*, d.lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dal d.l. n. 350/2001, convertito con modificazioni dalla l. n. 409/2001; modificato dalla l. n. 99/2009].
6. Delitti contro l'industria e il commercio (Art. 25-*bis*.1, d.lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla l. n. 99/2009].
7. Reati societari Art. 25-*ter*, d.lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dal d.lgs. n. 61/2002, modificato dalla l. n. 190/2012 e dalla l. n. 69/2015].
8. Reati con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico previsti dal codice penale e dalle leggi speciali (Art. 25-*quater*, d.lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla l. n. 7/2003].
9. Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (Art. 583-*bis* c.p.) (Art. 25-*quater*.1, d.lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla l. n. 7/2006].
10. Delitti contro la personalità individuale (Art. 25-*quinqies*, d.lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla l. n. 228/2003].
11. Reati di abuso di mercato (Art. 25-*sexies*, d.lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla l. n. 62/2005].
12. Reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro (Art. 25-*septies*, d.lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla l. n. 123/2007].
13. Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio (Art. 25-*octies*, d.lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dal d.lgs. n. 231/2007; modificato dalla l. n. 186/2014].

14. Delitti in materia di violazione del diritto d'autore (Art. 25-*novies*, d.lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla l. n. 99/2009].
15. Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (Art. 25-*decies*, d.lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla l. n. 116/2009].
16. Reati ambientali (Art. 25-*undecies*, d.lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dal d.lgs. n. 121/2011, modificato dalla l. n. 68/2015].
17. Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (Art. 25 - *duodecies*, d.lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dal d.lgs. n. 109/2012].
18. Reati transnazionali (l. n. 146/2006) [Costituiscono presupposto per la responsabilità amministrativa degli enti i seguenti reati se commessi in modalità transnazionale].

2.5 Il sistema sanzionatorio

Per quanto riguarda la natura delle sanzioni essa discende inevitabilmente dalla qualificazione della tipologia di responsabilità (se penale, amministrativa o *tertium genus*) e, dunque, in questo senso, si fa esplicito riferimento a quanto già illustrato nel paragrafo 2.2 al quale si rinvia.

È bene subito sottolineare⁷⁴ quanto sancito nell'art. 2 e nell'art. 3 del d.lgs. n. 231/2001, ossia il principio di legalità ed il principio di ultrattività e di retroattività della legge più favorevole. Per quanto riguarda il principio di legalità questo implica che le sanzioni che possono essere applicate all'ente per l'illecito dipendente da reato devono essere previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto. Per quanto riguarda il principio di ultrattività e retroattività della legge più favorevole questo comporta che, dal punto di vista delle sanzioni, tranne nel caso di leggi eccezionali e temporanee e di pronuncia divenuta irrevocabile, troveranno applicazione i principi di ultrattività della legge più favorevole (nel caso in cui la legge successiva aggravi il trattamento sanzionatorio) ed il principio di retroattività della legge più favorevole (nel caso in cui la legge successiva attenui il trattamento sanzionatorio).

⁷⁴ BATTAGLIA E., *Le sanzioni*, in D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, pp. 277 - 382.

La disciplina relativa alle sanzioni riferibili alla responsabilità da reato degli enti è contenuta negli artt. 9 - 23, Capo I, Sezione II, del d.lgs. n. 231/2001. Il sistema è “essenzialmente binario”⁷⁵ in quanto prevede principalmente sanzioni pecuniarie (artt. 10 - 12) ed interdittive (art. 13 - 17); sono previste poi la sanzione della confisca (art. 19) e della pubblicazione della sentenza (art. 18). Le sanzioni sono state classificate come *finanziarie* (sanzione pecuniaria e confisca); *strutturali*, che mirano ad introdurre un condizionamento della vita e dell’attività dell’ente (sanzioni interdittive e commissariamento giudiziale); *stigmatizzanti*, volte a mirare la reputazione di cui l’impresa goda sul mercato (pubblicazione della sentenza)⁷⁶.

Oltre a questa classificazione qualitativa è possibile classificare⁷⁷ le sanzioni in: sanzioni principali o autonome, le quali si applicano indipendentemente dall’applicazione delle altre sanzioni (come la sanzione pecuniaria) e sanzioni accessorie che trovano la loro applicazione in aggiunta alle altre (come ad esempio la pubblicazione della sentenza). Nell’ambito delle sanzioni principali si possono poi distinguere le sanzioni principali generali, le quali si applicano a qualsiasi illecito dipendente da reato (quali la sanzione pecuniaria e la confisca) e le sanzioni principali speciali, che trovano applicazione soltanto con riferimento ad alcuni illeciti dipendenti da reato, quali le misure interdittive. Ulteriore categoria è costituita dalle sanzioni sostitutive, le quali presuppongono l’applicazione di un’altra sanzione e si applicano in sua sostituzione (come il commissariamento previsto all’art. 15 e la sanzione pecuniaria applicata a seguito di conversione di sanzione interdittiva).

Andando nel dettaglio, la sanzione pecuniaria, ai sensi degli artt. 10 co.1 e 17 co.1 del decreto legislativo, costituisce la sanzione fondamentale, indefettibile, si applica autonomamente, a prescindere dall’applicazione di sanzioni altre, per ogni illecito amministrativo dipendente da qualsiasi reato presupposto. La sanzione pecuniaria poi potrà essere affiancata da ulteriori sanzioni in caso di particolare gravità o nel caso di commissioni di particolari reati presupposto ovvero potrà essere

⁷⁵ *Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001* in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V.; Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, paragrafo 5, p. 21.

⁷⁶ DE MAGLIE, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. Pen. E processo*, 2001, 1349 *cit.* in CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, p. 160.

⁷⁷ BATTAGLIA E., *Le sanzioni*, in D’AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell’impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 287.

ridotta in caso di reati di particolare tenuità o in caso di realizzazione di condotte riparatorie da parte dell'ente.

La determinazione della sanzione pecuniaria avviene, ai sensi dell'art. 11, in due fasi. In primo luogo viene determinato il numero di quote, non inferiori a 100 e non superiori a 1.000 (art. 10 co.2), relative all'illecito in relazione a tre criteri:

1. alla gravità del fatto;
2. al grado di responsabilità dell'ente;
3. all'attività svolta dall'ente per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti.

In secondo luogo viene fissato l'importo, il valore monetario, di ogni singola quota in base alle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione. Ciascuna quota va da un valore di circa 258 euro ad un valore di circa 1.549 euro (art. 10 co. 3). La moltiplicazione del numero delle quote per il loro ammontare scaturisce l'ammontare complessivo della sanzione da infliggere. In base a quanto detto:

Range di sanzioni con il valore minimo della quota pari ad Euro 258,00:

100	€ 25.800,00
200	€ 51.600,00
300	€ 77.400,00
400	€ 103.200,00
500	€ 129.000,00
600	€ 154.800,00
700	€ 180.600,00
800	€ 206.400,00
900	€ 232.200,00
1000	€ 258.000,00

Tabella 1 Range di sanzioni con il valore minimo della quota pari ad Euro 258,00.

Range di sanzioni con il valore massimo della quota pari ad Euro 1.549,00:

100	€ 154.900,00
200	€ 309.800,00
300	€ 464.700,00
400	€ 619.600,00
500	€ 774.500,00
600	€ 929.400,00
700	€ 1.084.300,00
800	€ 1.239.200,00
900	€ 1.394.100,00
1000	€ 1.549.000,00

Tabella 2 Range di sanzioni con il valore massimo della quota pari ad Euro 1.549,00.

In questo modo è stato possibile tenere distinti la valutazione della gravità del fatto dalla valutazione dell'incidenza economica sul soggetto, rendendo lo strumento sensibile ad entrambe le variabili: gravità del fatto e capacità economica del ente. Non sono poi previsti istituti sospensivi della sanzione né è possibile, per espressa previsione dell'art. 10 co. 4, ammettere il pagamento in misura ridotta⁷⁸ per la rapida definizione del processo in termini esclusivamente monetari (da non confondere con la riduzione della sanzione pecuniaria invece espressamente prevista dall'art. 12); sono possibili, invece, ad esempio la dilazione e la rateizzazione ai sensi degli artt. 200, 240 e ss. del d.p.r. 30.05.2002, n. 115. Nell'ambito degli intervalli edittali stabiliti dalla norma generale poi le singole disposizioni che disciplinano gli illeciti dipendenti da reato (artt. 24 ess.) stabiliscono particolari limiti minimi e massimi del numero di quote per ciascun tipo di illecito⁷⁹.

⁷⁸ Invece previsto dall'art. 16 della Legge n. 689/1981.

⁷⁹ Per le deviazioni dalla regola generale a seguito di successivi interventi del Legislatore si veda il *commento* all'art. 10, di CERQUA L. D., in CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, p. 178.

L'art. 12 prevede i casi di riduzione della sanzione pecuniaria, comunque non sotto il limite di Euro 10.329,00, questi si ravvisano quando vi siano ipotesi di particolare tenuità (in questo caso la sanzione è ridotta della metà e non può essere superiore ad Euro 103.291,00. In questo caso la quota ha sempre importo pari ad Euro 103,00):

- l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente ne ha ricavato un vantaggio minimo;
- il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità.

Nel primo caso la tenuità non riguarda il fatto - reato, ma l'illecito amministrativo dell'ente, ossia il suo grado di coinvolgimento nell'illecito che è minimo dal punto di vista oggettivo perché l'autore ha agito nell'interesse preminentemente proprio e perché minimo è stato il vantaggio. Nel secondo caso la tenuità è data dal fatto che le conseguenze patrimoniali derivanti dal fatto illecito derivante da reato, al momento della consumazione del reato, sono patrimonialmente di scarso rilievo. In questo caso, ai sensi dell'art. 13 co. 3, non si applicano, se previste, neanche le sanzioni interdittive.

La riduzione della sanzione si ha anche quando l'ente abbia messo in atto condotte riparatorie (la sanzione è ridotta da 1/3 alla metà. In questo caso non è stabilito l'importo della quota) prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, ossia:

- l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso;
- se è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Se poi ricorrono entrambe queste due ultime condizioni la sanzione è ridotta dalla metà ai 2/3⁸⁰.

Nel primo caso la condotta riparatoria deriva da azioni volte contemporaneamente al risarcimento del danno e alla eliminazione (o dall'efficace impegno in tal senso) delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato. Nel secondo caso invece si va a premiare la realizzazione di un modello organizzativo e

⁸⁰ Per i problemi connessi alla compatibilità della norma con il delitto tentato e con la pluralità di illeciti si veda BATTAGLIA E., *Le sanzioni*, in D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 307.

di gestione. È da sottolineare che anche *ex post*, ossia anche successivamente la commissione del reato e la configurazione in capo all'ente dell'illecito, la realizzazione di un modello di organizzazione e di gestione è una condotta comunque premiata dall'ordinamento, se idoneo e se realizzato nei termini stabiliti.

Nel caso di pluralità di illeciti⁸¹ si applica la sanzione pecuniaria prevista per l'illecito più grave aumentata fino al triplo. Per effetto di detto aumento la sanzione pecuniaria non può essere comunque superiore alla somma delle sanzioni applicabili a ciascun illecito.

Dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria infine risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune (art. 27, co.1).

Per quanto riguarda le sanzioni interdittive, di maggiore efficacia intimidatoria, queste si riferiscono soltanto a talune fattispecie di reati presupposto. La presenza della sanzione interdittiva è resa necessaria, in taluni casi di particolare gravità, atteso il fatto che le sanzioni pecuniarie sono generalmente ritenute inadeguate al contrasto della criminalità d'impresa a causa della limitatezza della funzione di prevenzione. Esse hanno l'irrimediabile difetto di poter essere previste, calcolate e considerate come "costo di esercizio". La futura spesa, relativa al verificarsi di un evento possibile o probabile ed eventualmente determinabile, quale la condanna al pagamento della sanzione amministrativa, potrà quindi incidere in vario modo sul conto economico (aumento del prezzo dei prodotti/servizi o aumento dei costi non pagati) permettendo così l'accantonamento di utili necessario per la relativa uscita prospettata. Se l'apposizione di una specifica voce in Stato Patrimoniale non si ritiene possibile, certo sarà possibile agire sul prezzo dei prodotti, aumentandolo della misura ritenuta adeguata in considerazione dell'incidenza fiscale, ovvero agire con le politiche di bilancio e quindi sulle poste soggette a valutazione, agendo con una sopravvalutazione delle stesse ed accantonando così le somme utili a fronteggiare la futura uscita pecuniaria.

Ai sensi dell'art. 9 comma 2 le sanzioni interdittive sono:

- a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività (ai sensi dell'art. 14 comma 4 si applica solo quando l'irrogazione di altre sanzioni interdittive risulti inadeguata; ai sensi dell'art. 14 comma 2 comporta la sospensione ovvero la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali allo svolgimento dell'attività e

⁸¹ Art. 21, comma 1, d.lgs. n. 231/2001.

sempre ai sensi dell'art. 14 comma 1 l'interdizione riguarda lo svolgimento della specifica attività economica nell'ambito del quale è stato commesso il fatto generatore della responsabilità dell'ente);

- b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito (ai sensi dell'art. 14 comma 2 il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione può anche essere limitato a determinati tipi di contratto o a determinate amministrazioni);
- c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;
- d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi;
- e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Ai sensi dell'art. 13 le sanzioni interdittive hanno una durata non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni e, come precisato precedentemente, non si applicano nei casi di cui all'art. 12 comma 1. Inoltre queste si applicano solo al sussistere di due condizioni:

- 1. la prima è che la sanzione interdittiva sia prevista per il reato per il quale è intervenuta l'accertamento della responsabilità in capo all'ente;
- 2. la seconda è che deve ricorrere almeno una delle seguenti condizioni:
 - a) l'ente ha tratto dal profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative;
 - b) in caso di reiterazione⁸² degli illeciti.

Le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente (art. 14 comma 1); il tipo e la durata sono determinate dal giudice sulla base dei criteri della gravità del fatto, del grado di responsabilità dell'ente e dell'attività riparatoria realizzata dall'ente per eliminare o attenuare le conseguenze e prevenire ulteriori illeciti nonché in base a alle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente (ai sensi dell'art. 11) tenendo conto dell'idoneità delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso (art. 14 comma 1). Se

⁸² Ai sensi dell'art. 20 quando l'ente, già condannato in via definitiva almeno una volta per un illecito dipendente da reato, ne commette un altro nei cinque anni successivi alla condanna definitiva.

necessario poi le sanzioni interdittive possono essere applicate congiuntamente (art. 14 comma 3).

La sanzione interdittiva generalmente ha durata temporanea, ma può essere anche applicata in via definitiva (art. 16) ovvero può del tutto non essere applicata anche in casi ulteriori a quelli previsti dall'art. 12 comma 1(art.17).

Per quanto riguarda la prima questione, le sanzioni cui si riferisce la norma in commento (art. 16), sono quelle previste alle lettere a), c) ed e) comma 2, art. 9. La norma infatti prevede che:

- possa essere disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività se l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità ed è già stato condannato, almeno tre volte negli ultimi sette anni (contandoli a ritroso dalla data della sentenza che applica in via definitiva la sanzione)⁸³, all'interdizione temporanea dall'esercizio dell'attività (art. 16 comma 1), mentre se l'ente, o una sua unità organizzativa, viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati⁸⁴ in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità è sempre disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività (in questo caso non rileva la discrezionalità del giudice) non applicandosi neanche l'art. 17 (non potrà quindi l'ente sfuggire all'applicazione della sanzione interdittiva definitiva neanche riparando le conseguenze del reato);
- prevede poi l'art. 16 al comma 2 che il giudice possa applicare all'ente in via definitiva la sanzione che prevede il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione ovvero la sanzione che fa divieto di pubblicizzare beni o servizi quando l'ente sia stato già condannato alla stessa sanzione negli ultimi 7 anni almeno tre volte.

Per quanto riguarda la seconda questione l'ente potrà, ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive anche fuori del caso del 1 comma dell'art. 12, quando, prima della apertura del dibattimento di primo grado, concorrano le seguenti condizioni (quindi devono coesistere tutte e tre):

⁸³ *Commento* all'art. 16, di CHIARI A., in CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, p. 226.

⁸⁴ In questo caso si tratta di impresa cd. illecita o immorale, in questo caso infatti la commissione di attività criminali è espressione di una politica d'impresa.

- a) l'ente ha risarcito integralmente il danno⁸⁵ ed ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente operato in tal senso;
- b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei⁸⁶ a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- c) l'ente ha messo a disposizione il profitto ai fini della confisca.

In pratica le prime due ipotesi, qualora coesistano, permettono una riduzione della sanzione pecuniaria dalla metà ai 2/3, se però si aggiunge, in concorso, la terza condizione, oltre alla riduzione delle sanzioni pecuniarie si potrà avere la disapplicazione delle sanzioni interdittive⁸⁷.

Qualora all'ente sia comminata una sanzione interdittiva il giudice potrà decidere di applicare all'ente la sanzione accessoria che consta nella pubblicazione della sentenza di condanna ai sensi dell'art. 18.

Infine, nei confronti dell'ente, con la sentenza di condanna⁸⁸ è sempre disposta, come sanzione principale ed obbligatoria, la confisca del prezzo⁸⁹ o del

⁸⁵ *Commento* all'art. 17, di Palumbieri S.R., in CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, p. 233. Secondo l'autore per risarcimento del danno si dovrebbe intendere anche il risarcimento del danno non patrimoniale e per danno si dovrebbe intendere ciò che costituisce conseguenza immediata e diretta del reato.

⁸⁶ *Commento* all'art. 17, di Palumbieri S. R., in CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, p. 251. Secondo l'autore sono stati considerati idonei i modelli *post factum* in presenza delle seguenti carenze: a) mancanza dei caratteri di efficacia, specificità e dinamicità; b) mancanza di un Organismo di vigilanza autonomo, indipendente e professionale; c) mancanza di un sistema disciplinare adeguato; d) mancata previsione di un obbligo di informazione a favore dell'Organismo di vigilanza; e) mancanza di attività formativa del personale in merito al modello organizzativo; f) mancanza di un adeguato protocollo in merito alla gestione delle risorse finanziarie.

⁸⁷ Da rilevare che questa è la posizione dottrinale di chi ritiene possibile la cumulabilità dei benefici. Altri ritengono (come ad esempio Palumbieri S. R. nel *commento* all'art. 17 in CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, p. 258) che invece l'art. 17, essendo norma speciale rispetto all'art. 12, prevalga su di questo e dunque non si applicherebbero le agevolazioni dal punto di vista pecuniario se già si ricevono in relazione alle sanzioni interdittive).

⁸⁸ Nel caso dell'art. 6 (reato commesso da soggetto in posizione apicale) indipendentemente dalla condanna dell'ente venuta meno ai sensi dello stesso articolo.

⁸⁹ *Relazione al decreto legislativo 231/2001*, paragrafo 7, in CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, p. 31, nella quale si legge che il prezzo del reato "è costituito dalle cose, dal denaro, o da altre utilità date o promesse per istigare alla commissione del reato"; per approfondire si veda *Commento* all'art. 19, Bricchetti R., in CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, p. 271.

profitto del reato⁹⁰, salvo per la parte che può essere restituita al danneggiato⁹¹. In questo ultimo caso vi è un divieto per il giudice di confiscare il prezzo o il profitto del reato se è possibile la restituzione. La *ratio* della norma è quella di privilegiare la funzione riparatoria nei confronti del danneggiato. Sono fatti salvi i diritti di terzi acquisiti in buona fede (art. 19 comma 1)⁹². Quando, ai sensi del 1 comma, non è possibile⁹³ eseguire la confisca, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato. Questa tipologia “moderna”⁹⁴ di confisca si applica in via sussidiaria quando non sarà possibile procedere alla confisca ai sensi del 1 comma.

L’art. 23, inoltre, prevede una fattispecie di reato nei confronti di chiunque, nello svolgimento dell’attività dell’ente a cui è stata applicata una sanzione o una misura cautelare interdittiva, trasgredisca agli obblighi o ai divieti inerenti a tali sanzioni o misure perché in tal caso è prevista la reclusione da tre a sei mesi; nei confronti dell’ente nell’interesse o vantaggio del quale il reato è commesso, si applica

⁹⁰ *Relazione al decreto legislativo 231/2001*, paragrafo 7, in CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, p. 31, la relazione definisce il profitto del reato come “conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato”; per le problematiche relative alla sua definizione si veda *Commento* all’art. 19, Bricchetti R., in CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, p. 271. È aperta la discussione sul significato e sull’estensione della locuzione “profitto del reato”. Le posizioni non sono unanimi. Si rilevi che l’interpretazione prevalente è quella di ritenere confiscabile non il ricavo del reato (altrimenti non si sarebbe parlato di profitto, ma di provento), ma l’utile netto; rimarrebbe da chiarire il criterio di quantificazione dell’utile netto. Alcuni ritengono che qualora manchino i dati necessari si possa far ricorso a criteri di natura presuntiva. Altri autori sono di posizione del tutto opposta. Su questo tema anche le sentenze della Cassazione sono del tutto oscillanti. Si vedano Cass. Pen., Sez. VI, 23.06.2006, n. 32627 a favore dell’utile netto e Cass. Pen., Sez. II, Ordinanza del 23.01.2008, n.4018 in senso contrario. Interessante anche a questo proposito la Cass. Pen., SS. UU., 2 luglio 2008, n. 26654.

⁹¹ In questo caso si ravviserebbe un divieto di confisca, ma i beni dovrebbero essere individuati (anche fungibili) e non beni confusi con altri. Per ulteriori approfondimenti si veda *Commento* all’art. 19, Bricchetti R., in CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, p. 277.

⁹² Non possono essere oggetto di confisca quei beni che, pur costituendo il prezzo o profitto del reato, sono stati alienati o trasferiti a terzi in buona fede. Grava sul terzo in buona fede che chiede la restituzione del bene l’onere probatorio. Si veda per ulteriori approfondimenti *Commento* all’art. 19, Bricchetti R., in CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, p. 277.

⁹³ Si applicherebbe anche quando la natura del vantaggio è tale da non riflettersi visibilmente nella situazione patrimoniale dell’ente (ad esempio si pensi alle ipotesi delittuose che comportano vantaggi di costi come ad esempio il risparmio derivante dall’utilizzo di un software “pirata” o al mancato investimento in misure di sicurezza per i lavoratori, ma non tutti sono d’accordo su questa interpretazione ritenendo non confiscabile in questo caso il risparmio di spesa così come succede per le utilità immateriali conseguenti il reato, si veda a tal proposito *Commento* all’art. 19, Bricchetti R., in CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, p. 276) ovvero perché il prezzo o il profitto sono fuoriusciti dal patrimonio dell’ente (a seguito ad esempio di cessione a terzi, consumo o occultamento) e diventano intangibili alla confisca. In questo modo si potrà superare la difficoltà derivante dalla impossibilità data dalla improcedibilità di fatto all’apprensione dei beni in quanto nella sfera giuridico-patrimoniale del responsabile non sia stato rinvenuto, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o il profitto del reato di cui sia però certa l’esistenza. Per approfondimenti si veda BATTAGLIA E., *Le sanzioni*, in D’AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell’impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 347.

⁹⁴ *Relazione al decreto legislativo 231/2001*, paragrafo 7, in CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, p. 31.

la sanzione amministrativa pecuniaria da duecento a seicento quote e la confisca del profitto; se, per ultimo, dalla commissione del reato l'ente ha tratto un profitto rilevante, si applicano le sanzioni interdittive anche diverse da quelle precedentemente irrogate.

Per concludere, l'art. 22, prevede che le sanzioni amministrative si prescrivano nel termine di cinque anni dalla data della consumazione del reato.

2.6 Criteri oggettivi di imputazione: della qualifica dell'autore del reato e dell'interesse o vantaggio (artt. 5 e 8)

Perché il reato presupposto commesso da persona fisica assuma rilevanza ai fini della imputazione della responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 in capo all'ente occorre che vengano integrati i requisiti oggettivi e soggettivi previsti dalla norma.

Per quanto riguarda i criteri oggettivi questi sono due, si prevede dunque una duplice connessione con l'ente:

1. Il collegamento tra l'ente ed il reato presupposto basato sulla qualifica dell'autore del reato;
2. La commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Per quanto riguarda il primo requisito l'art. 5 richiede l'esistenza di un rapporto di tipo qualificato tra persona fisica autore del reato ed ente ed è per questo che individua due categorie di soggetti suscettibili di questa relazione funzionale con l'ente:

- a) "persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano anche di fatto la gestione ed il controllo dello stesso";
- b) "persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)";

La relazione⁹⁵ stabilisce, per quanto riguarda la lettera a), che è stata preferita una formulazione elastica del criterio oggettivo alla mera elencazione tassativa, difficilmente praticabile vista la eterogeneità degli enti, privilegiando una elasticità che si ritrova nell'individuazione dei soggetti apicali i quali si individuano non

⁹⁵ *Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001 in Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V.; Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, paragrafo 3.2, p. 15.

soltanto con il criterio formale, ma con quello sostanziale. Tra i soggetti apicali⁹⁶, quindi, non c'è solo chi ricopre funzioni di rappresentanza⁹⁷ ed amministrazione⁹⁸, ma anche chi ricopre funzioni di direzione⁹⁹; tra gli apicali quindi vi sono legali rappresentanti, amministratori e direttori generali. Il soggetto può rivestire una posizione apicale anche relativamente ad una sola unità organizzativa, si considera dunque in questo senso la funzione del cd. direttore di stabilimento e di figure simili, spesso dotati di una forte autonomia gestionale e sottratti al controllo delle sedi centrali, purché l'unità organizzativa sia dotata di autonomia finanziaria e funzionale¹⁰⁰, altrimenti il soggetto potrebbe facilmente ritenersi degradabile alla lettera b). Sono ricompresi, come inizialmente sottolineato, anche soggetti che non formalmente, ma di fatto¹⁰¹, abbiano compiti di gestione e controllo. La relazione in questo senso precisa che le “funzioni di direzione e controllo, esse devono dunque concorrere ed assommarsi nel medesimo soggetto il quale deve esercitare pertanto un vero e proprio dominio sull'ente”¹⁰². Restano quindi esclusi, per ammissione della stessa relazione, i sindaci¹⁰³, si riterrebbe di dire lo stesso per i membri del consiglio

⁹⁶ *Commento* all'Art. 5 di Veneziani P., in CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, pp. 103 - 117.

⁹⁷ Si rilevi che in dottrina sono state discusse le figure del “rappresentante negoziale”, ossia di colui che svolge il rappresentante in virtù di un atto negoziale di procura, del rappresentante in relazione al quale il processo di investitura sia irregolare o incompleto, del rappresentante che abbia ecceduto i limiti dei suoi poteri. Per approfondimenti si veda PISANI N., *La struttura dell'illecito e i criteri di imputazione*, in D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, pp. 77 - 186.

⁹⁸ Sicuramente gli amministratori delegati, i membri del consiglio di amministrazione senza delega, i membri del consiglio di gestione nel sistema dualistico, il socio amministratore di una S.r.l., gli amministratori indipendenti all'interno del comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico; problematiche riguardano l'amministratore cd. “dipendente” e l'amministratore della *holding* e viceversa l'amministratore della società satellite per l'ascrizione della responsabilità sia della controllante che della controllata. Per le problematiche relative a tali figure si veda PISANI N., *La struttura dell'illecito e i criteri di imputazione*, in D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, pp. 77 - 186.

⁹⁹ In linea con quanto accade per la responsabilità civile (art. 2396 c.c.). Si includerebbe anche il cd. impiegato con funzioni direttive, problematiche si riscontrano in relazione alla delega di funzioni, nessun dubbio circa il delegante, la problematica riguarda, invece, il delegato, su questo si veda D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 88.

¹⁰⁰ Questo si configura come elemento di novità rispetto ai criteri della legge delega.

¹⁰¹ “Quel che giustifica, anche in termini di ragionevolezza, l'assunzione della posizione apicale e la conseguente imputazione del reato all'ente, è lo svolgimento di funzioni di amministrazione, rappresentanza o direzione, in via di fatto, caratterizzata dalla equiparazione dei poteri esercitati, non apparendo sufficiente la mera disponibilità concreta di quel tipo di potere di fatto” in PISANI N., *La struttura dell'illecito e i criteri di imputazione*, in D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 87.

¹⁰² *Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001 in Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V.; Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, paragrafo 3.2, p. 15.

¹⁰³ In senso contrario Manna, cit. in *Commento* all'Art. 5 di Veneziani P., in CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, p. 113. Veneziani stesso fa notare, citando Paliero, che, quantomeno in linea di principio, per i reati propri dei sindaci, relativamente a specifiche aree gestionali loro afferenti, il reato sarà ascritto all'ente secondo il paradigma dei soggetti apicali.

di sorveglianza nel sistema dualistico¹⁰⁴. Oltre alle figure quali l'amministratore di fatto la relazione stessa precisa che un esempio del concretizzarsi di questa fattispecie potrebbe essere il caso del cd. socio tiranno, ossia, come precisa la relazione, il caso di un dominio di diritto del "socio non amministratore, ma detentore della quasi totalità delle azioni, che detta dall'esterno le linee della politica aziendale ed il compimento di determinate operazioni"¹⁰⁵, ovvero il caso si potrebbe presentare anche nel caso in cui il socio abbia un controllo di fatto (ad esempio attraverso un'influenza dominante sull'assemblea anche in assenza di una quota maggioritaria del capitale).

Per quanto riguarda la lettera b), e quindi per quanto concerne i soggetti sottoposti all'altrui direzione, alla direzione quindi dei soggetti apicali, questi vengono generalmente individuati nel personale dipendente¹⁰⁶, nei preposti (ai sensi del d.lgs. n. 81/2008) che genericamente sovrintendono all'attività lavorativa del lavoratore e ne garantiscono l'attuazione (art. 2, lett. e) del d.lgs. n. 81/2008) ed in qualche caso, previa verifica del caso concreto, anche nei dirigenti (art. 2, lett. d) d.lgs. n.81/2008). Secondo alcuni autori¹⁰⁷ il criterio di collegamento fondato sulla qualifica soggettiva dovrebbe seguire però un criterio di ragionevolezza, dunque non si potrebbe estendere a tutti i sottoposti l'area di applicabilità della norma, ma solo a coloro che sono sotto l'area di sorveglianza degli apicali, posto che l'art. 7 collega la realizzazione del reato alla inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza. Occorrerebbe quindi riferirsi solo a coloro che sono a ridosso della scala gerarchica e che quindi possono compiere un reato in virtù di una violazione di un dovere di vigilanza degli apicali.

Per quanto riguarda il secondo requisito oggettivo, questo, come è noto, prevede che il soggetto funzionalmente collegato con l'ente compia il reato presupposto nell'interesse o nel vantaggio di quest'ultimo. Taluni avevano sostenuto

¹⁰⁴ PISANI N., *La struttura dell'illecito e i criteri di imputazione*, in D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 92.

¹⁰⁵ *Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001 in Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V.; Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, paragrafo 3.2, p. 15.

¹⁰⁶ Alcuni ritengono che "l'ambito dei "soggetti sottoposti" non possa esaurirsi nei meri lavoratori subordinati interni, ma debba invece ricomprendere anche quei collaboratori esterni che, ove risultino a qualsiasi titolo sottoposti alla direzione o alla vigilanza dei vertici dell'ente, sarebbero legittimati a commettere un reato nell'interesse o a vantaggio dello stesso, impegnando la responsabilità dell'ente collettivo", si veda a tal proposito in PISANI N., *La struttura dell'illecito e i criteri di imputazione*, in D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 93.

¹⁰⁷ Si veda, per gli opportuni approfondimenti, PISANI N., *La struttura dell'illecito e i criteri di imputazione*, in D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 94.

che tale espressione potesse essere intesa come una endiadi, ma la cassazione¹⁰⁸ e comunque la stessa relazione fugano ogni dubbio, tra interesse e vantaggio vi è una distinzione e rappresentano due concetti distinti. Le argomentazioni proposte a sostegno di tale impostazione pongono l'accento sull'uso della particella disgiuntiva "o", ma anche sul disposto dell'art. 12 comma 1 lett. a) che, disciplinando i casi di riduzione della sanzione pecuniaria, fa riferimento ad una situazione in cui di fatto ricorrono entrambi i presupposti dell'interesse e del vantaggio (sia pur minimo), escludendo così la lettura degli stessi come sinonimi. La relazione stessa precisa che per quanto riguarda l'interesse è possibile che se ne verifichi la sussistenza *ex ante*, mentre, per il vantaggio, occorre necessariamente una verifica *ex post*, potendo l'agire del soggetto nel suo interesse comportare comunque un vantaggio per l'ente, in questo modo fugando ogni dubbio sulla loro autonoma individuazione. La giurisprudenza infine non ha mancato di richiamare quello che nella interpretazione del diritto viene chiamato criterio di conservazione delle norme o anche criterio dell'interpretazione utile, in base al quale un'interpretazione dei due sintagmi come sinonimi farebbe venire meno il senso della loro compresenza¹⁰⁹.

Una volta però affermata la loro individualità risulta difficile individuarli come due criteri alternativi e quindi determinare un autonomo ambito applicativo degli stessi e questo sulla base di un'interpretazione sistematica del decreto legislativo. Infatti, ai sensi del comma 2 dello stesso art. 5, l'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 agiscono nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, in questo caso non si fa neanche riferimento al vantaggio, che per l'ente potrebbe anche indirettamente verificarsi, ed anzi la relazione stabilisce che se non vi è commissione del reato nell'interesse dell'ente il vantaggio eventualmente tratto dall'ente non dovrà neanche essere ricercato o verificato, mentre l'art. 12 comma 1 prevede che vi sia responsabilità dell'ente in presenza di un interesse dell'ente nel compimento del reato, seppur minimo, e questo basta per definire la responsabilità dello stesso a nulla servendo la presenza o meno di un vantaggio. Da quanto illustrato sembra potersi desumere che soltanto l'interesse dell'ente configurerebbe il presupposto

¹⁰⁸ Cass. Pen. Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615.

¹⁰⁹ Trib. Milano, ordinanza 14 dicembre 2004, dove si legge che "se si vuole evitare una insanabile contraddizione nella ricordata locuzione dell'art. 12, 1° comma, lett. a) – come deve farsi in forza del criterio ermeneutico dell'interpretazione utile (...) – deve ritenersi che i sintagmi «interesse» e «vantaggio» non siano usati come sinonimi".

imprescindibile¹¹⁰ ed il vantaggio sarebbe un requisito dipendente e meramente eventuale non costituendo un criterio autonomo di imputazione. Ulteriore conferma perverrebbe dalla vecchia formulazione dell'alinea dell'art. 25 - *ter*, introdotto in un momento successivo, concernente i reati societari il quale si limitava a richiamare solamente l'interesse dell'ente e non anche il vantaggio, il che confermerebbe l'unicità del criterio di imputazione oggettiva. Altro decisivo argomento sistematico a favore di questo orientamento si trarrebbe dall'art. 26 in quanto l'interesse in questo caso sarebbe l'unico requisito possibile potendosi il vantaggio rinvenire solo nel caso di reato consumato e non solo tentato, questa sarebbe una ulteriore dimostrazione che il vantaggio non potrebbe essere criterio autonomo¹¹¹.

Per quanto concerne il loro significato, la relazione giustamente individua il momento del loro possibile accertamento, per l'interesse è possibile un accertamento *ex ante*, per il vantaggio è necessario un accertamento *ex post*. Per quanto riguarda l'interesse però la relazione si esprimerebbe in modo fuorviante, definendo l'interesse ciò che “caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica”¹¹². Questa ricostruzione incentrerebbe il requisito dell'interesse nella soggettività psicologica dell'agente, richiedendo un'indagine psicologica delle finalità perseguite dal reo, indagine che si limiterebbe a riguardare l'esclusiva sfera soggettiva dell'agente e questo comporterebbe diverse complicate in termini sistematici, in primo luogo in relazione alla disposizione dell'art. 8, risultando del tutto impraticabile l'indagine relativa alla soggettiva volontà dell'agente nell'ipotesi in cui questi non sia individuabile, ancora più complicato sarebbe rinvenire l'interesse nella sfera soggettiva dell'agente quando si tratti di reati colposi¹¹³; “seguendo un'impostazione psicologizzante, che concepisce l'interesse dell'ente come “molla” o movente dell'azione criminosa e, quindi, presuppone una tensione finalistica della volontà del soggetto apicale o subalterno verso la realizzazione di uno scopo, il criterio di imputazione di cui all'art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001 non sarebbe applicabile ai reati colposi d'evento, fondati sull'inosservanza di regole cautelari e

¹¹⁰ ROSSI, *La responsabilità degli enti (d.lgs. 231/2001): i soggetti responsabili*, in www.rivista231.it, n. 2/2008, p. 180.

¹¹¹ PISANI N., *La struttura dell'illecito e i criteri di imputazione*, in D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 111.

¹¹² *Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001 in Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V.; Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, paragrafo 3.2, p. 15.

¹¹³ Per approfondimento della tematica si veda SANTORIELLO C., *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in www.rivista231.it, n. 3/2008, p. 55.

sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento"¹¹⁴. Maggiori possibilità di "adattamento ai reati colposi offre l'interpretazione oggettivistica del criterio dell'interesse/vantaggio unitariamente inteso, come criterio di appartenenza del fatto all'ente collettivo. In particolare secondo autorevole dottrina il criterio dell'interesse dovrebbe essere interpretato come riferito non già agli eventi illeciti non voluti, bensì alla condotta che la persona fisica abbia tenuto nello svolgimento della sua attività per l'ente. In tale prospettiva, il criterio dell'interesse-vantaggio dovrebbe esprimere un collegamento funzionale tra il reato ed il vantaggio economico per l'ente"¹¹⁵. La questione è comunque molto complessa, e per molti autori del tutto irrisolta, e dunque merita di essere approfondita nelle sedi adeguate.

In tal senso, secondo questa linea che definisce l'interesse in chiave oggettiva, esso dovrebbe essere concepito come finalizzazione, accertabile anche a priori e quindi *ex ante*, dell'azione della persona fisica ad una utilità per l'ente, ricavabile dagli stessi caratteri oggettivi della condotta del reo e non da caratteri soggettivi quali la psicologia dell'agente, ed il vantaggio, verificabile *ex post*, sarebbe il conseguimento della utilità menzionata da parte dell'ente, dove, comunque sia, solo il primo risulta requisito oggettivo imprescindibile, essendo il secondo solamente eventuale e dipendente dal primo.

È bene da ultimo nuovamente sottolineare la circostanza oggettiva di esclusione della responsabilità. La responsabilità dell'ente è esclusa qualora il soggetto agente abbia commesso il reato nell'*esclusivo* interesse proprio o di terzi (art. 5, comma 2).

Ultimo aspetto da sottolineare nuovamente è l'autonomia della responsabilità dell'ente. L'ente infatti sarà responsabile, ai sensi dell'art. 8, comma 1, non solo qualora il reato si estingua per causa diversa dall'amnistia o qualora l'autore del reato non sia imputabile, ma sarà responsabile anche qualora non sia stato identificato l'autore del reato. Questa disposizione è evidentemente volta a contrastare l'elusione della responsabilità e a sganciare la stessa dall'individuazione del reo, accertata comunque la commissione del reato, qualora questa identificazione sia impossibile a causa di complesse ed intricate organizzazioni aziendali.

¹¹⁴ PISANI N., *La struttura dell'illecito e i criteri di imputazione*, in D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 112.

¹¹⁵ PISANI N., *La struttura dell'illecito e i criteri di imputazione*, in D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 113.

Sintetizzando i caratteri distintivi del secondo requisito oggettivo:

- l'interesse ed il vantaggio sono due caratteri autonomi e distinti;
- dall'art. 12, comma 1, lett. a) si desume l'eventualità del vantaggio, fondamentale ed imprescindibile sarebbe l'interesse essendo il vantaggio meramente eventuale, questo ha come corollario, posto che nel vantaggio si ravvisa una utilità, che l'interesse possa essere anche di carattere non direttamente patrimoniale;
- dall'art. 12, comma 1, si desume che l'interesse non debba essere esclusivo dell'ente;
- l'interesse è dunque, secondo un'interpretazione sistematica (in linea con l'introduzione di reati colposi ed in linea con il disposto dell'art. 8), oggettivo in quanto desumibile dalla condotta dell'agente e non dalla sua psicologia.

Un breve accenno lo merita la problematica accennata nel paragrafo 2.3 relativamente ai gruppi di società. Il d.lgs. n. 231/2001 non prende in considerazione il gruppo di società, ma soggetti giuridici individualmente intesi ed è proprio questa caratteristica del decreto che fa sorgere “il problema di quale sia il perimetro di operatività delle norme in materia di responsabilità amministrativa da reato con riguardo ai gruppi. Il problema, in altri termini, è: quando nel gruppo è commesso un reato, da cui dipende la responsabilità amministrativa dell'ente, tale responsabilità riguarda anche la *holding*, o solo la società cui è riferibile il segmento di attività che ha dato vita all'illecito?”¹¹⁶. E, al contrario, si pone il problema se sia possibile poi pensare di estendere la responsabilità accertata in capo alla *holding* anche alla/e controllata/e. E, se si ritiene possibile, definire quali siano i criteri di estensione di detta responsabilità. Di fatto “la questione è particolarmente complessa in quanto registra immediatamente uno scontro tra esigenze di carattere sostanziale ed esigenze di carattere formale, le quali richiamano l'attenzione sulla necessità di rispettare i criteri di imputazione tecnico – giuridica e di non abbandonarsi a giustizialismi velleitari ed infondati”¹¹⁷.

¹¹⁶ DI AMATO A., *I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato degli enti*, in D'AVIRRO, DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, pp. 233 – 276.

¹¹⁷ GAREGNANI G. M., *Etica d'impresa e responsabilità da reato. Dall'esperienza statunitense ai “Modelli organizzativi di gestione e controllo”*, Milano, 2008, p. 212 in D'AVIRRO, DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 237.

Secondo l'autore¹¹⁸ a cui si fa riferimento per la descrizione della fattispecie in oggetto, per attribuire la responsabilità alla *holding* occorrerebbe riferirsi esclusivamente ai criteri del decreto legislativo, i quali notoriamente sono (art. 5 del D.lgs. n. 231/2001): a) che il reato sia commesso da un soggetto in posizione apicale o da soggetto sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti apicali nell'ente; b) che il reato sia commesso a vantaggio o nell'interesse dell'ente. Per quanto riguarda il primo presupposto è da notare che non si richiede che il soggetto commetta il reato nell'ambito della gestione dell'ente cui si riferisce, essendo sufficiente l'appartenenza all'ente dell'autore del reato, quindi il presupposto sarebbe comunque integrato anche quando il soggetto concorra¹¹⁹ nella commissione del reato commesso nell'ambito di altra società del gruppo. Per quanto riguarda il secondo presupposto, invece, occorrerebbe che il reato commesso in concorso nella controllata sia stato posto in essere nell'interesse o a vantaggio anche della controllante (o viceversa). La problematica in questo caso sta nel qualificare l'interesse o il vantaggio ottenibile dalla controllante. In primo luogo la giurisprudenza ha escluso che, per gli inevitabili riflessi che le operazioni effettuate sulle controllate hanno sulla controllante, si possa considerare che i vantaggi conseguiti dalla controllata, in conseguenza dell'attività della controllante, possano essere considerati conseguiti da un terzo, né che l'attività della controllata possa dirsi fatta a favore di un terzo¹²⁰. Il rilievo che ogni vantaggio patrimoniale conseguito dalla controllata si riversi sul patrimonio della controllante in quanto titolare delle partecipazioni di maggioranza è un rilievo insoddisfacente in quanto non tiene di conto del controllo di natura contrattuale. L'interesse che deve essere considerato allora in questo caso è l'interesse del gruppo in senso unitario¹²¹ e non quello ascrivibile ai singoli soggetti; "l'interesse o il vantaggio riguardano la controllante solo nella misura in cui siano funzionali alla realizzazione del disegno strategico unitario di cui la controllante è portatrice. Non è, viceversa, legittimo ritenere che ogni soddisfacimento dell'interesse della controllata ed ogni vantaggio conseguito

¹¹⁸ DI AMATO A., *I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato degli enti*, in D'AVIRRO, DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, pp. 265 e ss.

¹¹⁹ Sulla necessaria presenza del concorso si veda quindi Consiglio di stato, adunanza sezione III, 11.01.2005, n. sezione I 1482/2004: "La responsabilità di altre società rientranti nel gruppo potrà, quindi, ipotizzarsi solo quando sia dimostrato che i rispettivi soggetti in posizione apicale o i rispettivi dipendenti hanno contribuito alla commissione del reato in concorso con quelli della capogruppo".

¹²⁰ Tribunale di Milano, Sezione XI riesame, ordinanza del 14 dicembre 2004.

¹²¹ Si veda in questo senso (Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 20 settembre 2004).

dalla stessa si rifletta, automaticamente, sulla controllante determinandone il coinvolgimento”¹²². Nella fenomenologia della realtà possono presentarsi gruppi coesi, dalla vita gestionale accentrata e, al contrario, gruppi che sono tali solo in ragione del legame di partecipazione, senza che sussista alcuna direzione strategica unitaria ed è quindi questo un aspetto fondamentale che occorrerà verificare, caso per caso¹²³, individuando quale estensione abbia l’attività di direzione e di coordinamento e se e quali siano le funzioni accentrate, analizzando qual è la struttura organizzativa specifica del gruppo considerato.

Per quanto concerne gli orientamenti della giurisprudenza, in una ordinanza del 2004¹²⁴ si è riconosciuta la responsabilità amministrativa, oltre che per la società controllata, anche per le due società controllanti, ritenendosi pienamente realizzati i presupposti di cui agli artt. 5, 6 e 7 del D.lg. n. 231/2001, a seguito di attività corruttiva posta in essere dall’amministratore delle controllanti, in concorso con soggetti apicali della controllata, al fine di ottenere il rinnovo di un appalto di servizi in favore di una controllata.

A tal proposito si è espresso anche il tribunale del riesame¹²⁵, il quale sottolinea che, sostanzialmente, per quanto riguarda l’interesse, non è rilevante il

¹²² DI AMATO A., *I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato degli enti*, in D’AVIRRO, DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell’impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 273.

¹²³ Cass. Pen., Sez. VI, 21 gennaio 2014, n. 2658 relativa al caso ILVA la quale ritiene che non si possa desumere la responsabilità in base all’automatismo della presenza di un rapporto di controllo o di collegamento dovendosi sempre far riferimento al caso concreto.

¹²⁴ Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 20 settembre 2004: “questo Giudice ritiene di dovere affermare che le società controllanti X e Y hanno esercitato, attraverso le controllate, una propria attività d’impresa ed hanno soddisfatto, sempre attraverso le controllate, un proprio interesse. X e Y sono state direttamente coinvolte nella gestione dell’attività di impresa delle società controllate e non si sono limitate alla mera gestione delle partecipazioni possedute in queste ultime. Dagli atti emerge che le controllanti, attraverso i propri amministratori, hanno attivamente partecipato alla fase delle scelte decisionali concernenti la gestione degli appalti e la consumazione degli illeciti. A, dunque, soggetto in posizione apicale in quanto presidente del CDA di X S.p.a., nonché amministratore unico di Y S.p.a., nel commettere il reato di corruzione richiamato nel capo f), ha agito nell’interesse delle stesse X e Y – perseguendo questo interesse facendo sì che le società partecipate ottenessero, grazie alla corruzione di Z, l’aggiudicazione dell’appalto – e non nell’interesse esclusivo proprio o di terzi. La difesa ha osservato che A non avrebbe agito in quanto presidente del CDA di X e amministratore unico di Y, ma quale amministratore di fatto delle controllate: sul punto basta osservare che A ha potuto realizzare i comportamenti a lui ascritti – sebbene privo di qualifiche formali nelle controllate – solo in funzione dei poteri rivestiti nelle controllanti. (...). Devono dunque ritenersi pienamente realizzati i presupposti di cui agli artt. 5, 6 e 7 D.lgs. 231/2001.”

¹²⁵ Trib. Milano, Sez. riesame, ord. 20 dicembre 2004: “Il limite negativo oltre il quale non si può andare perché possa continuare a parlarsi di interesse dell’ente è invero fissato dall’art. 5, comma 2, che prevede come l’ente non risponda solo se chi ha commesso il reato abbia agito nell’interesse «esclusivo» proprio o di terzi. Dalla lettura complessiva delle norme sopra indicate si ricava quindi che, ai fini della responsabilità dell’ente, il reato possa essere destinato a soddisfare contestualmente l’interesse di diversi soggetti (siano essi persone fisiche o altri enti), purché tra questi soggetti vi sia anche l’ente nel quale chi ha commesso il reato riveste una posizione apicale rilevante ai sensi della normativa indicata, nella specie quella di soggetto che svolge funzioni di amministratore. (...) cioè l’attivarsi di soggetti che non facevano parte in alcun modo delle società controllate e che non avevano alcun ruolo nelle medesime ma solo nella società controllante o in altre società del gruppo - non può che trovare giustificazione nella finalizzazione dell’atto all’interesse dell’intero gruppo di società e, quindi, all’interesse di più

diretto vantaggio per la controllante, ma è sufficiente che la controllante ne sia coinvolta in ragione di un interesse comune del gruppo. Per quanto riguarda il criterio di imputazione questo si riterrà soddisfatto qualora “il reato possa essere destinato a soddisfare contestualmente l'interesse di diversi soggetti (siano essi persone fisiche o altri enti), purché tra questi soggetti vi sia anche l'ente nel quale chi ha commesso il reato riveste una posizione apicale rilevante ai sensi della normativa indicata, nella specie quella di soggetto che svolge funzioni di amministratore”. Quindi, sintetizzando, la difesa sosteneva che la responsabilità fosse solo della controllata in quanto il soggetto che aveva commesso il reato poteva in realtà essere considerato amministratore di fatto di quest'ultima, mentre è stato deciso che il reato può essere destinato a realizzare l'interesse di più soggetti (anche enti) purché tra questi soggetti vi sia anche l'ente nel quale chi ha commesso il reato rivesta una posizione apicale, rilevante ai sensi della normativa indicata, ed è proprio il fatto che il soggetto agente fosse amministratore della controllante e che solo in ragione di questo agisse in favore delle controllate che denuncia un interesse del gruppo alla commissione del reato. In questo caso quindi l'unico presupposto che si ritiene necessario, posto il concorso tra più soggetti appartenenti sia alla controllata che alla controllante, per l'estensione della responsabilità alla società controllante è che si ravvisi un suo interesse, e non anche necessariamente un vantaggio, nella commissione del reato in questo caso desumibile dall'attivarsi di un soggetto che non faceva parte in alcun modo della società controllata e che non aveva alcun ruolo nella medesima, ma solo nella società controllante. Questa condotta non avrebbe potuto che trovare giustificazione nella finalizzazione dell'atto all'interesse dell'intero gruppo di società.

In data più recente vi sono state altre due pronunce significative: la pronuncia della Cass. Pen., Sez. V, del 20 giugno 2011, n. 24583 e la pronuncia Cass. Pen., Sez. V, 29 gennaio 2013, n. 4324 (che sostanzialmente ribadisce i principi espressi nella prima, ma rilevante in quanto si estende la responsabilità amministrativa accertata in capo alla società controllante anche alla società controllata invertendo l'estensione).

Nella prima sentenza si evidenzia che occorre che vi siano, perché si possa affermare la responsabilità di un ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, tre presupposti:

società, non solo di quelle che direttamente hanno ottenuto l'aggiudicazione degli appalti, ma anche delle controllanti nella prospettiva della partecipazione agli utili. L'interesse di gruppo si caratterizza infatti proprio per questo, per non essere proprio ed esclusivo di uno dei membri del gruppo, ma comune a tutti i soggetti che ne fanno parte”.

a) la commissione di uno dei reati presupposto; b) la commissione del reato presupposto da parte di una persona fisica che abbia con l'ente rapporti di tipo organizzativo - funzionale e che quindi rivesta una posizione qualificata all'interno dell'ente¹²⁶; c) la commissione del reato presupposto nell'interesse od a vantaggio del singolo ente della cui responsabilità da reato si discuta. Per quanto riguarda il secondo presupposto si enunciano due principi: il principio secondo il quale affinché la *holding* o le altre società facenti parte del gruppo possano rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 occorrerebbe che un soggetto, che agisca per conto delle stesse, concorra con il soggetto che compie il reato, non essendo sufficiente il generico riferimento all'interesse di gruppo. Secondo questa pronuncia, ed è questo il secondo principio, il presupposto sarebbe comunque soddisfatto anche nel caso in cui il soggetto che commetta il reato sia considerato amministratore di fatto delle altre società del gruppo. In base a questi principi occorrerebbe quindi una partecipazione attiva di un soggetto che agisca per conto delle società cui si vuole estendere la responsabilità in concorso col soggetto che commette in reato ovvero che il soggetto che commette il reato venga considerato amministratore di fatto delle altre, quindi non sarebbe sufficiente soltanto l'individuazione di un interesse delle altre società del gruppo nella commissione del reato da parte di un soggetto afferente alla società responsabile in prima istanza. Per quanto riguarda il terzo presupposto si afferma che “il terzo elemento richiesto è che il reato presupposto sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'Ente, interesse e vantaggio che debbono essere verificati in concreto, nel senso che la società deve ricevere una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato presupposto”, dunque ciò che viene in rilievo è la valutazione in concreto del vantaggio delle società del gruppo in relazione alle quali si vuole estendere la responsabilità.

¹²⁶ Cass. Pen., Sez. V, del 20 giugno 2011, n. 24583: “Il secondo elemento necessario è che il reato presupposto sia stato commesso da una persona fisica che abbia con l'ente rapporti di tipo organizzativo-funzionale; insomma è necessario che l'agente rivesta una posizione qualificata all'interno dell'ente (...) In effetti la *holding* o altre società del gruppo possono rispondere ai sensi della legge 231, ma è necessario che il soggetto che agisce per conto delle stesse concorra con il soggetto che commette il reato; insomma non è sufficiente un generico riferimento al gruppo per affermare la responsabilità della società ai sensi della legge 231/2001. Vero è, però, che, secondo l'Accusa, sarebbe l'(X) l'amministratore di fatto anche di tali società e, quindi, sarebbe soddisfatta la condizione alla quale si è fatto prima riferimento”.

Per quanto concerne la seconda sentenza¹²⁷, ancora più recente, si sancisce il principio per cui si ritiene possibile estendere la responsabilità alla capogruppo per il reato commesso dalla controllata per il solo fatto che il soggetto agente, nel compiere il reato, persegua anche l'interesse della capogruppo, ossia quindi si arriverebbe a sganciare la responsabilità dal necessario concorso di più persone o dalla individuazione di un amministratore di fatto legandola solamente alla presenza di un interesse di gruppo nella commissione del reato. Nel fatto concreto poi si discuteva del fenomeno opposto, ossia di estendere alla controllata la responsabilità accertata in capo alla capogruppo, ammettendo quindi anche l'estensione nel senso inverso¹²⁸.

I contrasti in giurisprudenza sono, come si deduce, molto importanti e la questione si può definire del tutto ancora aperta. La norma, infatti, come inizialmente sottolineato, niente dice a tal proposito, dunque sarà compito dell'operatore del diritto seguire le tendenze della dottrina e soprattutto giurisprudenziali per definire, col passare del tempo e fintanto che la normativa non sarà modificata in tal senso, gli orientamenti prevalenti delle pronunce di merito e di legittimità ai fini di una corretta consulenza all'impresa.

Per le riflessioni relative all'organismo di vigilanza nei gruppi societari si veda Cap. III, paragrafo 1.2.6.

2.7 Criterio soggettivo di imputazione: della colpa di organizzazione (artt. 6 e 7)

Come accennato nel paragrafo precedente gli elementi costitutivi dell'illecito amministrativo si traducono in un duplice criterio di imputazione: il criterio oggettivo ed il criterio soggettivo i quali costituiscono un duplice canale di collegamento oggettivo e soggettivo tra il reato e l'ente. Quello oggettivo, come appena illustrato, è la commissione di un reato da parte di un soggetto apicale o subordinato, dunque

¹²⁷ Cass. Pen., Sez. V, 29 gennaio 2013, n. 4324: "È da ultimo infondato il motivo di ricorso relativo all'affermazione di responsabilità della (X). Ai fini di detta responsabilità, è sufficiente che il soggetto autore del reato abbia agito per un interesse non esclusivamente proprio o di terzi, ma anche per un interesse riconducibile alla società della quale lo stesso è esponente (Sez. 6, n.36083 del 09/07/2009, Mussoni, Rv.244256). Contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, siffatto titolo di responsabilità è individuabile anche all'interno di un gruppo di società, potendo la società capogruppo rispondere per il reato commesso nell'ambito dell'attività di una società controllata laddove il soggetto agente abbia perseguito anche un interesse riconducibile alla prima (Sez. 5, n.24583 del 18/01/2011, Tosinvest, Rv.249820)".

¹²⁸ Per approfondimenti si veda GUARDIA DI FINANZA, *Volume III. Responsabilità amministrativa degli enti dipendenti da reato – Accertamento della responsabilità – Percorso operativo vol. I, Vol. II*, Circolare n. 83607, 19 marzo 2012, pp. 65 - 69.

funzionalmente collegato all'ente, nel suo interesse o vantaggio. La realizzazione di uno dei reati presupposto in presenza del criterio oggettivo di per sé non basta essendo necessario, per imputare la responsabilità all'ente, che il fatto-reato sia anche espressione di una politica aziendale o anche meramente di un *deficit* organizzativo rimproverabile all'ente, generalmente definito colpa di organizzazione¹²⁹.

Il decreto legislativo differenzia la disciplina applicabile a seconda che il soggetto autore del reato sia un soggetto apicale o un sottoposto. Il soggetto apicale è infatti generalmente considerato “espressione della volontà sociale ed appare artificioso immaginare l'esistenza di un diaframma che separi quest'ultima dal suo operato (...). Ed infatti, la particolare qualità degli autori materiali dei reati ha suggerito al delegato l'opportunità di differenziare il sistema rispetto all'ipotesi in cui il reato risulti commesso da un sottoposto, prevedendo, nel primo caso, *un'inversione dell'onere probatorio*¹³⁰. In altri termini si parte dalla presunzione (empiricamente fondata), nel caso di reato commesso dal vertice, che il requisito “soggettivo” di responsabilità dell'ente sia soddisfatto, dal momento che il vertice esprime e rappresenta la politica dell'ente”¹³¹. Nel caso dell'art. 6, quindi, nel caso in cui il reato sia commesso da un apicale, si presume che il requisito soggettivo sia soddisfatto, si presume la colpevolezza dell'ente in relazione alla sua politica illecita espressa dall'operato dell'apicale, ed “ove ciò non accada, dovrà essere la *societas* a dimostrare la sua estraneità e ciò potrà fare soltanto provando la sussistenza di una serie di requisiti tra loro concorrenti”¹³². Sicuramente la prova sarà più facile nelle organizzazioni complesse, con una realtà organizzativa che si sviluppa tanto in verticale quanto in orizzontale, piuttosto che in una organizzazione esclusivamente verticale, all'estremo un'organizzazione con base manageriale ristretta e magari con un unico apicale, ad esempio un amministratore unico. In questo primo caso dunque la colpevolezza, insita in una politica aziendale illecita, desumibile dall'operato

¹²⁹ Anche dalla stessa Relazione al paragrafo 3.3. Si veda *Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001 in Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V.; Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, paragrafo 3.3, p. 16.

¹³⁰ Secondo la Cassazione Cass. Pen., SS. UU., 18 settembre 2014, n. 38343 non si tratterebbe in realtà di inversione dell'onere probatorio: “nessuna inversione dell'onere della prova è, pertanto, ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, gravando comunque sull'accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al d.lgs. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria”.

¹³¹ Relazione al paragrafo 3.3. Si veda *Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001 in Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V.; Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, paragrafo 3.3, p. 18.

¹³² *Ibidem*.

dell'apicale, è presunta. L'unica possibilità di evitare la responsabilità da reato per l'ente sarà la dimostrazione che in realtà la condotta dell'apicale non rispecchia la politica aziendale e questo l'ente potrà farlo in un unico modo, dimostrando congiuntamente:

- che l'organo dirigente ha adottato ed *efficacemente*¹³³ attuato un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi, modello adottato preventivamente la commissione del fatto, che risponda alle seguenti esigenze: a) individui le attività nel cui ambito possono essere commessi i reati; b) preveda specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individui le modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee a prevenire la commissione dei reati; d) preveda obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introduca un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello;
- che l'ente ha affidato ad un Organismo di vigilanza (con autonomi poteri di iniziativa e di controllo) i seguenti compiti: vigilare sul funzionamento del modello, vigilare sulla sua osservanza, curare il suo aggiornamento e che lo stesso non abbia operato in modo da integrare le fattispecie di omessa od insufficiente vigilanza; si specifica che negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente e che nelle società di

¹³³ È necessario individuare dunque le caratteristiche dei tre requisiti necessari affinché si possa dissociare l'ente dalla condotta dell'apicale:

- la formale adozione del modello, requisito per il quale non si riscontrano problematiche. Si ritiene che il modello debba essere adottato dall'organo amministrativo;
- l'efficace attuazione: l'efficace attuazione del modello si intenderebbe come concreto funzionamento dello stesso in modo coerente e conforme al disegno programmato, disegno che deve essere tuttavia costantemente oggetto di vaglio in relazione all'introduzione di nuovi reati, alle modifiche organizzative o nell'attività svolta dall'ente, alle scoperte mal funzionalità e corredato di un sistema sanzionatorio che impedisca e disincentivi la sua violazione;
- l'idoneità a prevenire reati è un requisito che riguarda aspetti prettamente contenutistici. L'idoneità comporta un giudizio di tipo probabilistico che non può, per sua natura, esprimere un grado di certezza assoluta. Secondo parte della dottrina l'idoneità si dovrebbe apprezzare, *ex ante*, in astratto nella capacità del modello di prevenire i reati secondo il principio del *id quod plerumque accidit*, ossia l'idoneità alla prevenzione si dovrebbe basare sulla valutazione in astratto dell'idoneità del modello a prevenire la commissione del reato sulla base di ciò che accade più spesso in relazione ai reati della specie di quello verificatosi; secondo altra impostazione invece l'idoneità andrebbe valutata caso per caso secondo un parametro astratto - concreto. Il modello dovrebbe dunque essere idoneo alla prevenzione dei reati della specie di quello verificatosi secondo il normale corso degli eventi. La prova dell'ente quindi in questo caso non sarà che il singolo fatto di reato non dipenda dalle lacune del modello, ma sarà la prova della normale idoneità del modello a prevenire il reato della specie di quello verificatosi in quella specifica realtà.

Per gli opportuni approfondimenti si veda PISANI N., *La struttura dell'illecito e i criteri di imputazione*, in D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 136.

capitali, invece, tali funzioni possono essere svolte dagli organi di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza e comitato per il controllo della gestione);

- che l'apicale ha commesso il reato eludendo fraudolentemente il modello di organizzazione e gestione¹³⁴.

In mancanza di tale dimostrazione si riterrà integrato il requisito soggettivo.

Nel caso invece in cui il reato sia commesso da un sottoposto¹³⁵ il requisito soggettivo è integrato qualora si ravvisi nell'ente una colpa di organizzazione derivante da un deficit organizzativo che si sostanzia nella inadempienza circa l'espletamento di obblighi di direzione o vigilanza nei confronti dei sottoposti da cui a sua volta (la norma sancisce "se la commissione del reato è *stata resa possibile* dall'inosservanza di obblighi di direzione o vigilanza") deriva l'occasione di reato realizzato dal subordinato. In questo caso non opera l'inversione dell'onere della prova, non c'è una presunzione di colpa dell'ente. Sarà il pubblico ministero a dover dimostrare, oltre il requisito oggettivo, anche che vi è stata inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza ed anche che la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza¹³⁶.

Problemi interpretativi vi sono in relazione all'art. 7, comma 2, che prevede la modalità affinché si possa escludere in ogni caso che vi sia stata inosservanza di obblighi di direzione o vigilanza, infatti, "all'affermazione generale della responsabilità dell'ente quando la commissione del reato sia stata resa possibile dal mancato adempimento degli obblighi di direzione o vigilanza (...) il Legislatore delegato ha fatto seguire norme interpretative volte a specificare con maggiore precisione a quali condizioni ricorra la *culpa* dell'ente"¹³⁷. Il richiamo a generici standard di diligenza, possibile nelle realtà di piccole dimensioni, sarebbe stato, secondo quanto scritto nella relazione, fuorviante nelle grandi realtà dotate di organizzazioni complesse, nelle quali si ha molto spesso la responsabilizzazione degli

¹³⁴ Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4677, per elusione fraudolenta non si deve intendere la mera violazione delle regole, ma una condotta falsificatrice, ingannevole obliqua e subdola.

¹³⁵ *Commento* all'art. 7, CERQUA F., in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V.; Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, pp. 142 - 147.

¹³⁶ Sulla interpretazione della locuzione "resa possibile" non come mero nesso agevolativo, ma come necessità di nesso causale si veda PISANI N., *La struttura dell'illecito e i criteri di imputazione*, in D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 174.

¹³⁷ *Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001 in Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V.; Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, paragrafo 3.5, p. 19.

stessi lavoratori. La previsione dunque di un onere per l'ente di dotarsi di modelli di organizzazione e gestione al fine di evitare la responsabilità da reato rientra in un'ottica preventiva a cui si ispira in generale il nuovo sistema, prevenzione che permetterebbe di escludere in ogni caso la colpa di organizzazione. Su questo la dottrina è pacifica.

Il comma 2 esclude in ogni caso che vi sia stata inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi sulla base delle indicazioni indicate nei successivi commi 3 e 4. In questo modo il Legislatore esemplifica la diligenza richiesta all'ente, diligenza idonea ad escludere a priori la propria colpa, colpa che comporta il coinvolgimento di quest'ultimo in responsabilità. Ciò non toglie che l'ente possa comunque agire diversamente per soddisfare tali obblighi e non per questo essere ritenuto colpevole. A differenza del caso previsto dall'art. 6, infatti, potrebbe essere verificato il requisito oggettivo, potrebbe l'ente non aver attuato o non aver attuato efficacemente il modello, ma risultare comunque non colpevole, in quanto spetta al pubblico ministero dimostrare l'omissione degli obblighi di direzione e di vigilanza in capo agli apicali e che questo ha comportato e reso possibile la commissione del reato da parte del sottoposto.

I casi che possono prospettarsi sono i seguenti:

- se l'ente ha adottato, preventivamente alla commissione del reato, un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo alla prevenzione dei reati di quello verificatosi, che prevede quanto stabilito dal comma 3, che è efficacemente attuato ai sensi del comma 4: è in ogni caso esclusa l'inosservanza di obblighi di direzione e controllo;
- nel caso in cui il modello non rispecchi i requisiti del comma 3 ovvero li rispecchi, ma non sia efficacemente attuato ovvero in presenza di entrambe le fattispecie; ed ancora, nel caso in cui l'ente abbia previsto forme alternative di prevenzione; nel caso in cui manchino sia il modello sia forme alternative di prevenzione, in sostanza, in tutti quei casi in cui non opera la fattispecie che esclude l'inosservanza e dunque la responsabilità, sarà il pubblico ministero a dover

dimostrare l'effettiva inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza e che questa inosservanza ha reso possibile la commissione del reato¹³⁸.

In relazione al dettato di questo comma si sono sviluppate moltissime critiche e moltissime interpretazioni a causa delle evidenti differenze rispetto al disposto dell'art.6. Il Legislatore, infatti, nel dettato dell'art. 7 ha definito diversamente il modello, non ripercorrendo quello delineato nell'art. 6. Le principali differenze si rinvencono:

1. nella definizione del modello: esso viene definito non come modello di organizzazione e gestione, ma come modello di organizzazione, gestione e controllo;
2. il Legislatore non avrebbe poi rimandato all'art. 6 per quanto concerne l'individuazione delle caratteristiche del modello, come individuate dal comma 2 dello stesso articolo, né avrebbe provveduto a replicarle. Esso ha invece provveduto a ridefinirle nello stesso articolato, ma in modo del tutto lacunoso rispetto a quanto previsto dall'art. 6, come se il modello, necessario per l'effetto esonerante, nel caso di commissione del reato da un apicale ed il modello, necessario per l'esclusione a priori dell'inosservanza degli obblighi, nel caso di reato commesso da un sottoposto potessero e dovessero essere differenti in relazione alla qualifica del soggetto agente;
3. nell'art. 7 nessun riferimento è fatto alla necessità di affidare la vigilanza ad un Organismo e quindi a soggetti differenti dagli apicali stessi;
4. si specifica espressamente, a differenza dell'art. 6, cosa si intende per efficace attuazione del modello;
5. mancherebbe anche il riferimento ai codici di comportamento delle associazioni di categoria. Secondo i sostenitori della tesi dualistica, i codici potranno contenere indicazioni generali anche concernenti i sottoposti, ma in questo caso e per quelle indicazioni non avrebbero valenza giuridica.

In dottrina si sarebbero formate allora due orientamenti: la tesi dualistica¹³⁹ considera i modelli individuati dagli artt. 6 e 7 due modelli del tutto diversi e la tesi

¹³⁸ In relazione alla necessaria dimostrazione del nesso di causalità tra l'inosservanza ed il reato si veda PISANI N., *La struttura dell'illecito e i criteri di imputazione*, in D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 174.

¹³⁹ Sostenitore di questo orientamento ad esempio è il Giudice DI GERONIMO P., *I modelli di organizzazione e gestione per gli enti di piccole dimensioni*, in *Rivista* 231, n. 1/2008, p. 64, il quale sostiene: "Prima di procedere all'esame dei Modelli di Organizzazione è bene premettere che gli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001 disciplinano due

monistica¹⁴⁰ che invece considera il riferimento al modello delle due disposizioni come riferimento ad un unico modello.

Per i sostenitori della tesi dualistica, i quali fondano le proprie argomentazioni sui punti di divergenza, la differenza dei modelli non sarebbe solo ascrivibile agli effetti nei confronti dell'ente (ai sensi dell'art. 6 se l'ente non adotta il modello rinuncia *a priori* all'effetto esonerante, mentre ai sensi dell'art. 7 l'assenza non comporta una automatica colpevolezza), ma la differenza riguarderebbe anche il contenuto degli stessi, nel primo prevarrebbe la prevenzione in relazione all'aspetto direttivo - organizzativo, in questo caso infatti si dovrebbe tutelare la formazione della volontà dell'ente e dunque della politica d'impresa, nel secondo prevarrebbe la prevenzione in relazione all'aspetto del controllo, di fatti in questo caso è preminente il controllo dell'azione esecutiva¹⁴¹. Ad esempio un'importante differenza tra i due modelli, secondo i sostenitori della tesi dualistica, si rilevarebbe per quanto concerne quanto individuato al punto 1). Sicuramente il modello previsto dall'art. 6 è anche un modello di controllo, ma la differenza tra le due formulazioni linguistiche, abbinata alla differenza evidenziata al punto 3), ha portato a sostenere che in questo secondo modello (modello art. 7) non fosse necessaria la nomina di un Organismo di Vigilanza, in quanto il controllo, in questo caso, sarebbe stato insito nell'operato degli apicali stessi: “non è chiaro, comunque, se l'organismo di vigilanza ex art. 6 debba esercitare analoghe funzioni anche nei confronti dei sottoposti, o se queste debbano attribuirsi, come sembra preferibile, ai titolari degli obblighi di direzione e vigilanza. Per la verità, le stesse ragioni che giustificano la nomina di un organismo di vigilanza autonomo ed indipendente a garanzia dell'efficace attuazione del modello organizzativo, mirato a prevenire reati degli “apici”, non sembrano ricorrere anche in relazione ai soggetti subalterni”¹⁴².

diverse tipologie di modelli di Organizzazione, il primo dedicato alla prevenzione dei reati commessi dai soggetti apicali, il secondo destinato ai sottoposti all'altrui vigilanza”.

¹⁴⁰ Sostenitore di questo orientamento è ad esempio l'Avv. GARUTI G., *Profili giuridici del concetto di “adeguatezza” dei modelli organizzativi*, in *Rivista 231*, n. 3/2007, p. 13.

¹⁴¹ PISANI N., *La struttura dell'illecito e i criteri di imputazione*, in D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 180.

¹⁴² PISANI N., *La struttura dell'illecito e i criteri di imputazione*, in D'AVIRRO - DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009, p. 180.

I sostenitori della tesi monistica viceversa mettono in evidenza i punti di convergenza, soprattutto in un'ottica di analisi sistemica del decreto. Come lucidamente sostiene autorevole dottrina¹⁴³ ;

1. lo sdoppiamento dovrebbe potersi ricondurre essenzialmente a ragioni storiche e contingenti relative all'approvazione del decreto stesso. In una prima versione del decreto, infatti, la disciplina dei modelli organizzativi era stata riferita, in osservanza con i criteri della legge delega, esclusivamente all'ipotesi di commissione del reato relativamente ai sottoposti e solo successivamente, a seguito del rilievo di dubbia costituzionalità, sarebbe stato previsto anche con riferimento ai reati realizzati dai soggetti apicali. È dunque probabilmente imputabile a questa introduzione successiva l'apparente differenza di disciplina;
2. non pochi elementi delle due disposizioni evidenziano tratti unitari:
 - i. vi sono elementi strutturali del tutto assimilabili: a) sono entrambi volti alla *compliance* normativa e, nell'ottica del decreto, alla prevenzione dei reati; b) entrambi prevedono l'elemento del controllo; c) entrambi prevedono come elemento di efficacia concreta del modello la previsione dell'apparato sanzionatorio;
 - ii. in entrambe le disposizioni si possono rilevare delle previsioni che necessariamente devono intendersi come reciproca integrazione: a) nell'art. 6 comma 2 lett. a) si prevede che debbono essere individuate le attività in relazione alle quali possono essere commessi reati, ma pare ovvio che questa debba essere un'attività prodromica anche nel caso del modello ai sensi dell'art. 7; b) l'art. 6, comma 2 alle lett. b) e c) tratta dei protocolli di formazione ed attuazione delle decisioni dell'ente e delle strategie di gestione delle risorse finanziarie. È difficile ritenere che i protocolli possano riguardare solamente i soggetti al vertice dell'ente e non anche la struttura dell'ente nel suo complesso. Si deve ritenere invece che i protocolli debbano investire l'ente, verticalmente ed orizzontalmente, nella complessità della sua organizzazione, prevenendo la commissione dei reati sia da parte degli apicali che dei subordinati, in modo unitario, pena la carenza ed inefficacia ab origine del modello

¹⁴³ Per le considerazioni che seguono si fa esplicito riferimento a BASSI - EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Giuffrè, 2006, pp. 196 e ss.

stesso. Tali protocolli non dovrebbero quindi ritenersi qualcosa di diverso dalle “misure” individuate dall’art. 7, comma 3; c) l’art. 7, comma 4, lett. a) prevede la verifica periodica e l’eventuale aggiornamento del modello come elemento di efficacia. Si può certo affermare che questo sia aspetto imprescindibile anche del modello ai sensi dell’art. 6, ed ancora, il riferimento che all’art. 7, comma 3, viene fatto in relazione alla necessità che il modello sia calibrato alla natura, alla dimensione ed al tipo di attività è sicuramente un criterio valido in generale affinché qualsiasi modello possa definirsi, anche solo a priori, adeguato;

3. operando una valutazione dei modelli dal punto di vista sistematico, da più parti nel decreto ci si riferisce ai modelli di prevenzione, ma mai il Legislatore ha sentito l’esigenza di specificare a quali tipologie di modello si riferisse, ciò a conforto di una concezione unitaria dello stesso;
4. per ultimo, in un’ottica prettamente aziendalistica, ha sicuramente significato ed utilità differenziare i modelli a seconda delle tipologie di reato riferibili all’ente ed in relazione al tipo di ente e questo per la necessaria varietà e differenziazione dei protocolli interni, ma non avrebbe senso invece differenziare il modello in ragione del soggetto agente. In un’ottica di *Risk management* l’agente della minaccia è solo uno degli aspetti che influenza la predisposizione dei protocolli di prevenzione. Il problema della differenziazione dei soggetti possibili agenti della minaccia deve essere visto solo in un’ottica di completezza del modello che però deve essere, perché possa riconoscersi efficace, posta una concezione sistematica dell’ente, necessariamente unitario.

In ragione di queste considerazioni, e rimproverando al Legislatore un certo grado di indeterminatezza, si ritiene di dover abbracciare, in un’ottica di maggior tutela per l’ente, questa seconda concezione e quindi la necessaria unitarietà del Modello di organizzazione e gestione.

2.8 Contenuto e funzione dei modelli di organizzazione e gestione

Per quanto concerne le caratteristiche essenziali del modello, unitamente considerato ai sensi degli artt. 6 e 7, desumibili dalla normativa queste possono individuarsi nella necessità che:

- il modello sia calibrato in relazione alla natura, alla dimensione dell'organizzazione e al tipo e rischiosità di attività svolta;
- il modello debba essere idoneo a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge ed in particolar modo della legge penale e segnatamente deve essere in grado di evitare la commissione dei reati presupposto sia da parte degli apicali che dei sottoposti. Per poter raggiungere l'obiettivo deve analiticamente individuare le attività nel cui ambito possano essere commessi i reati ed in relazione a ciascuna di esse prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire. In particolar modo devono essere individuate adeguate modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee a prevenire la commissione dei reati. Esso deve poi garantire la scoperta e l'eliminazione delle potenziali situazioni di rischio;
- il modello deve poi prevedere, a garanzia della sua efficacia, un adeguato sistema disciplinare per sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello;
- a garanzia del funzionamento, dell'osservanza e della valutazione della costante adeguatezza (rispetto ai mutamenti organizzativi, di attività e rispetto alle possibili violazioni) del modello deve essere nominato un Organismo di vigilanza, dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, il quale vigili in modo adeguato su questo e nei confronti del quale si prevedano obblighi di informazione costante. Organismo che negli enti di piccole dimensioni può essere individuato nell'organo dirigente ed invece nelle società di capitali eventualmente nell'organo di controllo.

Fermi restando i contenuti minimi, i modelli possono essere adottati sulla base di codici di comportamento (dette anche linee-guida) redatti dalle associazioni rappresentative degli enti (come ad esempio Confindustria¹⁴⁴, Confcommercio, ABI) e previamente sottoposti al vaglio del ministero della giustizia, di concerto con i ministeri competenti, il quale dovrà fornire entro trenta giorni un vaglio di idoneità dei modelli a prevenire reati¹⁴⁵. Le linee-guida hanno il compito di promuovere già all'interno delle categorie interessate il rispetto della legge e di fornire un utile punto di riferimento operativo per i soggetti interessati. L'adesione schietta a questi modelli

¹⁴⁴ Quelle più aggiornate risalgono a marzo 2014.

¹⁴⁵ In base a quanto stabilito dal D.M. 26 giugno 2003, n. 201 al Capo III, artt. 5 - 7.

da parte del singolo ente però, per quanto auspicabile in prima battuta, non potrà essere sufficiente. Il modello dovrà sempre essere necessariamente calibrato sulla singola organizzazione e le linee - guida non potranno che configurare, per la loro natura originariamente generica ed astratta, solamente una base di partenza, o meglio, un valido orientamento.

Alla luce di questo gli elementi di cui generalmente si comporrà il modello dovranno essere:

- il Risk assessment¹⁴⁶, derivante dalla preventiva Gap Analysis;
- i protocolli di prevenzione dei rischi di commissione dei reati presupposto;
- il sistema di organizzazione e gestione dovrà poi trovare il proprio fondamento (come del resto ogni altro sistema di gestione realizzato in azienda), nei principi contenuti nel Codice Etico, il quale funge da “carta costituzionale” dell'azienda;
- la nomina di un adeguato Organismo di vigilanza e la predisposizione di adeguati flussi informativi;
- il sistema disciplinare.

Prima di analizzare le funzioni dei modelli di organizzazione e gestione è interessante domandarsi se i modelli di organizzazione e gestione costituiscano per l'ente un obbligo, un onere od una facoltà. Sicuramente, in ragione del dettato normativo, non costituiscono un obbligo e sembrerebbe potersi affermare che la realizzazione e l'implementazione dei modelli costituisca per gli Enti una mera facoltà. In base a quella che è una tendenza che si sta sviluppando però potrebbe essere più corretto affermare che la predisposizione dei modelli di organizzazione e gestione sia un onere per l'impresa che voglia essere competitiva nel mercato moderno. Su questa linea si sono posizionate in primo luogo Borsa Italiana S.p.A. che ha previsto nel 2006 l'adozione del modello quale requisito obbligatorio per ottenere e mantenere la qualifica di STAR¹⁴⁷ (all'art. 2.2.3 comma 3 lett. k) del

¹⁴⁶ La GUARDIA DI FINANZA, *Volume III. Responsabilità amministrativa degli enti dipendenti da reato – Accertamento della responsabilità – Percorso operativo vol. I, Vol. II*, Circolare n. 83607, 19 marzo 2012, p. 75 argomenta che “non è richiesto dalla normativa che il modello annulli completamente il rischio di verifica dei reati presupposto, ma che lo definisca e lo tenga sotto controllo mediante una azione dispiegata con continuità: il Modello dovrà presentare quei requisiti di efficienza, praticabilità e funzionalità in grado ragionevolmente di disinnescare le fonti di rischio”.

¹⁴⁷ Il segmento STAR (segmento titoli con alti requisiti) del Mercato MTA di Borsa Italiana è dedicato alle medie imprese con capitalizzazione compresa tra 40 milioni e 1 miliardo di euro, che si impegnano a rispettare requisiti di eccellenza in termini di: alta trasparenza ed alta vocazione comunicativa; alta liquidità (35% minimo di flottante); corporate governance (l'insieme delle regole che determinano la gestione dell'azienda) allineata agli standard internazionali.

Regolamento dei Mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana S.p.A.¹⁴⁸), così anche taluni provvedimenti normativi regionali¹⁴⁹ (ad esempio la legge Reggio Calabria 21 giugno 2008, n. 15, ed il Decreto Regione Lombardia n. 588/2010 relativamente alla partecipazione a bandi di gara, e, sempre la regione Lombardia, la delibera della giunta regionale del 23 dicembre 2009 per l'accreditamento di istituti di formazione e lavoro, la delibera della giunta regionale n. 9114/2009 per l'accreditamento delle strutture di ricovero) sono andati nella previsione di individuare l'attuazione del modello come requisito obbligatorio per la partecipazione a bandi di gara. Importante riferimento al decreto è fatto poi nel d.lgs. n. 81/2008 che, all'art. 30, stabilisce che “il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici” previsti dalla relativa disciplina in materia di salute e sicurezza sul lavoro che sono elencati nella normativa appena richiamata. Essenziale quindi sembrerebbe, ai fini dell'esclusione della responsabilità per i reati di cui all'art. 25 - *septies*, e quindi ai fini della efficace attuazione del modello, l'implementazione dello stesso alla luce delle delucidazioni individuate dalla normativa specifica¹⁵⁰. Da ultimo anche il documento relativo agli *indirizzi per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza nelle controllate o partecipate dal ministero dell'economia e delle Finanze* ha previsto il modello di organizzazione e gestione come obbligatorio per le società dove il Ministero abbia una partecipazione di minoranza¹⁵¹.

Gli indirizzi che si evidenziano non sono certo unanimi, ma sicuramente si può affermare che la tendenza che principalmente va delineandosi è la richiesta alle

¹⁴⁸ BORSA ITALIANA S.p.A., *Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana S.p.A.*, 16 marzo 2016, reperibile sul sito http://www.borsaitaliana.it/borsaitaliana/regolamenti/reg14032016cnev_pdf.htm.

¹⁴⁹ In senso contrario sembra invece andare il TAR della regione Sicilia (TAR Sicilia 4 febbraio 2011) non prevedendo come possibile requisito di partecipazione l'adozione del modello per la partecipazione a gara di appalto.

¹⁵⁰ “L'adozione di modelli conformi ai “tipi” od ai “prototipi” individuati, per relationem, dal d.Lgs. n. 81/2008, o di modelli asseverati, non risparmierà, tuttavia, l'ente dal giudizio, assai penetrante, del giudice penale sulla idoneità in concreto del modello realizzato, essendo in presenza, come già osservato, di mere presunzioni vincibili”, in DELSIGNORE S., in CADOPPI A. – GARUTI G. – VENEZIANI P., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer, Utet giuridica, 2010, p. 430.

¹⁵¹ Punto 2.2 del documento *indirizzi per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza nelle controllate o partecipate dal ministero dell'economia e delle Finanze*, 25 agosto 2015, reperibile sul sito www.mef.gov.it.

imprese, e non solo a quelle di grandi dimensioni, di un agire sempre più virtuoso, di una collaborazione preventiva in termini di compliance normativa¹⁵², del possesso di requisiti minimi, ritenuti necessari, per poter efficacemente ed economicamente operare sul mercato in modo competitivo. L'adeguamento alle previsioni del decreto legislativo e l'implementazione del modello rappresentano dunque sicuramente un onere per l'impresa che voglia efficacemente operare in alcuni settori del mercato e che voglia essere competitiva, evitando le possibili conseguenze dannose che potrebbero verificarsi, in termini finanziari¹⁵³ e di immagine nei confronti dei propri *stakeholders* e *shareholders*, qualora essa si trovasse nell'occasione, non necessariamente prevedibile¹⁵⁴, di essere ritenuta responsabile per uno dei reati previsti nella normativa. È interessante rilevare in quest'ottica come l'adozione del modello di organizzazione e gestione sia considerato uno dei requisiti essenziali per il conseguimento del rating di legalità¹⁵⁵ ad un livello superiore quello base.

Per ultimo è necessario individuare quelle che sono le principali funzioni dei modelli di organizzazione e gestione. La funzione principale è legata all'attuazione dei modelli di organizzazione e gestione *ante-factum* in quanto ai sensi dell'artt. 6 e 7, la loro efficace attuazione può¹⁵⁶ comportare l'esclusione di responsabilità

¹⁵² Si pensi anche a quanto succede ad esempio in ambito tributario con la *tax compliance*. Il Legislatore, con la riforma avviata con la Legge delega n. 23/2014 ha previsto, all'art. 6, attuato con Legge di stabilità 2015, articolo 1, commi 634-641, che il Governo introducesse "norme volte alla costruzione di un migliore rapporto tra fisco e contribuenti attraverso forme di comunicazione e cooperazione rafforzata, anche in termini preventivi rispetto alle scadenze fiscali. Le imprese di maggiori dimensioni dovranno costituire sistemi di gestione e controllo del rischio fiscale, con una chiara attribuzione di responsabilità nel sistema dei controlli interni. A fronte di ciò saranno previsti minori adempimenti per i contribuenti, con la riduzione delle eventuali sanzioni, nonché forme specifiche di interpellato preventivo con procedura abbreviata" in *Legge 11 marzo 2014, n. 23, Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita*, *Lo stato di attuazione al 27 gennaio 2015, n. 29/4*, 27 gennaio 2015 reperibile in www.documenti.camera.it, p. 72.

¹⁵³ Le conseguenze dannose non sono e non debbono essere ravvisabili solo nei confronti dell'ente. L'organo gestorio ben potrebbe essere ritenuto responsabile nei confronti della società, dei creditori sociali, dei terzi e singoli soci per la violazione del dovere generico di corretta amministrazione e di predisposizione di adeguati assetti amministrativi per la società ai sensi dell'art. 2381 c.c. (Trib. Milano, 13 febbraio 2008, n. 1774), da rilevare inoltre che l'art. 2428 c.c. dal 2007 (con la modifica apportata dal d.lgs. n. 32/2007) ha previsto che all'interno della relazione sulla gestione si dia conto anche dei "rischi e incertezze cui la società è esposta" e la commissione di un reato è uno dei rischi possibili. Gli amministratori dovrebbero sempre quindi almeno informare i soci della necessità di predisporre il modello di organizzazione e gestione. SCAFIDI A. – ANNOVAZZI S., *Il ruolo del Collegio Sindacale nell'ambito dei modelli organizzativi ex D. Lgs 231/2001 ed i suoi rapporti con l'Organismo di Vigilanza e Controllo (parte 2)*, in *Rivista231*, 3-2007, p. 117 nota che "si configuri a carico del collegio sindacale, in caso di inerzia degli amministratori, un vero e proprio dovere di attivarsi prontamente suggerendo l'adozione del Modello Organizzativo ex d.lgs. 231/2001 ogniqualvolta esso sia necessario a prevenire nel modo più adeguato la commissione di uno dei reati - presupposto nella realtà aziendale in questione. Dovere cui farà da pendant, com'è logico, il configurarsi di una precisa responsabilità nel caso di colpevole omissione di tale comportamento da parte dei sindaci."

¹⁵⁴ Si pensi alla possibilità che in relazione all'ente si ritengano integrati i requisiti oggettivo e soggettivo a seguito della commissione di reato colposo ai sensi dell'art. 25 - *septies*.

¹⁵⁵ Delibera n. 24075 del 14 novembre 2012 - *Regolamento Rating di legalità. Regolamento di attuazione dell'art. 5-ter del dl 1/2012, così come modificato dall'art. 1, comma 1-quinquies, del dl 29/2012, convertito con modificazioni dalla legge 62/2012*, reperibile su www.agcm.it.

¹⁵⁶ Il vaglio di efficacia è sempre e comunque rimesso alla valutazione del giudice.

dell'ente per carenza del requisito soggettivo. Qualora, invece, il modello sia attuato *post-factum* ciò ha comunque conseguenze positive, infatti, se predisposti e resi operativi entro la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado consentono: a) ai sensi dell'art. 12 comma 2 lett. b) e c) la riduzione della sanzione pecuniaria; b) ai sensi dell'art. 17, unitamente al realizzarsi delle altre condizioni previste dal decreto, la loro efficace attuazione permette la disapplicazione delle sanzioni interdittive ed eventualmente anche la disapplicazione dell'art. 18 relativo alla pubblicazione della sentenza di condanna. Mentre ai sensi dell'art. 49, la semplice dichiarazione da parte dell'ente di voler realizzare le condizioni previste nell'art. 17 può legittimare anche la disposizione da parte del giudice, nel corso del procedimento a carico dell'ente, della sospensione delle misure cautelari applicategli. Esse poi potranno essere ripristinate o definitivamente revocate in relazione alla effettiva integrazione o meno delle condizioni ed ai sensi dell'art. 78. Se l'ente, invece, ha posto in essere tardivamente le condotte di cui all'art. 17, entro venti giorni dalla pubblicazione dell'estratto della sentenza può richiedere la conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria attestando nella richiesta presentata al giudice l'avvenuta esecuzione degli adempimenti di cui all'art. 17.

Tuttavia, a conclusione di questa disamina, è bene sottolineare come non sia sufficiente adottare il modello per poter usufruire dell'esimenza o degli sgravi sanzionatori appena richiamati, in quanto è necessario che esso sia anche e soprattutto, come si è più volte ricordato, efficacemente attuato. In quest'ottica la giurisprudenza ci insegna a dover necessariamente riflettere sul significato di questa efficacia e ruolo importante in questa riflessione non può non essere individuato nella adeguata composizione dell'Organismo di vigilanza, in quanto un difetto inerente al predetto organo di controllo è spesso stato valutato di incidenza tale da non reputare il modello efficacemente attuato ed è proprio su questo aspetto così delicato e fondamentale per la valutazione di efficacia del modello esimente che verranno concentrate le riflessioni nel proseguo di questo lavoro.

CAPITOLO II

IL FUNZIONAMENTO E LA RESPONSABILITÀ DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA SECONDO LE INDICAZIONI DELLA DOTTRINA, DELLA PRASSI E DELLA GIURISPRUDENZA

SOMMARIO: 1 Funzionamento dell'Organismo di vigilanza - 1.1 Nomina, durata dell'incarico e revoca - 1.2 compensi dei componenti - 1.3 Il *budget* - 1.4 Il regolamento dell'OdV - 1.5 Funzioni e poteri - 1.6 Relazioni con gli organi sociali e flussi informativi - 1.6.1. Flussi informativi - 1.6.2. Relazioni con gli organi sociali - 2 La responsabilità dell'Organismo di vigilanza - 2.1 Responsabilità penale - 2.2 Responsabilità civile.

1 FUNZIONAMENTO DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

Il modello ex d.lgs. n. 231/2001 è un modello di organizzazione e gestione del tutto facoltativo¹⁵⁷, ma una volta attuato, affinché possa assolvere alla sua funzione, deve rispettare almeno i requisiti previsti dalla normativa.

Come individuato in conclusione del precedente capitolo l'adatta composizione dell'organismo di vigilanza ed il suo adeguato funzionamento in relazione al raggiungimento puntuale degli scopi che gli sono attribuiti, quali la valutazione circa l'adeguatezza iniziale del modello, il controllo relativo alla sua effettiva osservanza ed il costante monitoraggio sulla sua adeguatezza nel tempo, costituiscono aspetto essenziale ai fini dell'esonero da responsabilità conseguente alla commissione dei reati presupposto a prescindere dalla qualifica del soggetto reo, tanto che “proprio l'inadeguatezza del modello o della sua efficace attuazione e vigilanza sono ormai riconosciuti essere i punti più critici in seno anche ai principali procedimenti giudiziari”¹⁵⁸.

Per quanto concerne la natura dell'Organismo di vigilanza parte della dottrina lo ha assimilato alle Autorità indipendenti in ragione della posizione di vertice originaria ed autonoma, ma in realtà la sua natura risulta essere molto differente. Gli interessi protetti dall'OdV non sono prettamente pubblicistici, ma “hanno tratti spiccatamente privatistici: in tal senso depongono le disposizioni che consentono la

¹⁵⁷ Cass. Pen., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32626.

¹⁵⁸ Prefazione di Fabio Tartaglia in STRAZZERI C. A. – RUPIC M., *Manuale pratico dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Wolters Kluwer, 2014, p. IX.

nomina delle funzioni apicali quale OdV negli enti di piccole dimensioni o che ammettono a rivestire tale ruolo anche il consiglio di sorveglianza nel sistema duale”¹⁵⁹ dove nello statuto della società che attua tale sistema di amministrazione e controllo possono esserci delle previsioni circa la possibilità che il consiglio di sorveglianza deliberi anche in merito alle decisioni strategiche, assumendo fattivamente un ruolo gestorio nell’attività sociale. Il decreto lascia ampio margine all’autonomia privata per la regolamentazione del suo funzionamento, cosa che non accadrebbe se l’Organismo avesse natura pubblicistica, richiedendo invero una precisa regolamentazione soprattutto della sua composizione e dei suoi poteri. La questione che si è posta allora è se l’Organismo dovesse essere considerato un organo sociale “e quindi assumesse una funzione di garanzia e tutela di interessi collettivi o di terzi - analoga a quella attribuita ad altri organismi (quali ad esempio il collegio sindacale, il revisore, il consiglio di sorveglianza nelle società dotate di sistema dualistico) che il Legislatore ha investito di funzioni di controllo sul corretto svolgimento dell’attività gestoria - o se invece l’Organismo di Vigilanza sia, in buona sostanza, un semplice ufficio dell’ente e la sua previsione costituisca una mera modalità organizzativa interna dell’impresa, rimessa ad una valutazione di opportunità (e prudenza gestionale) dell’imprenditore”¹⁶⁰. La soluzione è stata per accogliere la seconda prospettazione che individua la natura dell’Organismo in un ufficio, in una funzione organizzativa dell’impresa. L’Organismo si andrebbe a collocare nella funzione di controllo interno dell’impresa volta a monitorare e minimizzare i fattori di rischio. Le motivazioni principali sarebbero:

- in primo luogo per il principio di tipicità degli organi societari¹⁶¹;
- altra motivazione è legata alla facoltatività della predisposizione del Modello di organizzazione e gestione che “proprio in quanto non obbligatorio, non potrà essere inteso quale organo societario”¹⁶², questo piuttosto dovrà essere

¹⁵⁹ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 18.

¹⁶⁰ SANTORIELLO C., *Ampliamento del catalogo dei reati presupposto della responsabilità della persona giuridica e conseguenze in tema di composizione dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 4-2012, p. 128.

¹⁶¹ Così DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015 ed anche MONTALENTI P., *Struttura e ruolo dell'organismo di vigilanza nel quadro della riforma del diritto societario*, in BIANCHINI M. – DI NOIA C., *I controlli societari, molte regole nessun sistema*, Milano: Egea, 2010.

¹⁶² BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Cedam, Wolters Kluwer, 2012, p. 27, *contra* DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015 il quale nota che anche il collegio sindacale delle S.r.l. di piccole dimensioni è in alcuni casi facoltativo, ma non per questo non regolato *ex lege*.

concepito prima di tutto come la “istituzionalizzazione del *Risk Management* in seno alle imprese”¹⁶³;

- ulteriore motivazione è che l’OdV si ricollega al funzionamento dell’impresa e non a quello dell’organizzazione societaria (non necessariamente l’ente è una società).

Secondo autorevole dottrina¹⁶⁴ la finalità di tutela dei terzi è realizzata con la predisposizione di un sistema deterrente che prevede pesanti sanzioni a carico dell’ente onde evitare e disincentivare la commissione dei reati, ma l’Organismo di vigilanza, deputato a verificare l’adeguatezza e l’efficacia del modello, rispetto a tale sistema sanzionatorio rappresenta solo una modalità organizzativa, necessaria per l’esonero da responsabilità, non avendo poteri impeditivi, disciplinari o sanzionatori, nei confronti dei comportamenti irregolari o illeciti. L’organo che per eccellenza è a tutela degli interessi degli *stakeholders* è il collegio sindacale, il quale non solo opera il controllo di legalità, ma ha la possibilità di ingerirsi a fondo nella vita sociale a tutela della corretta amministrazione¹⁶⁵.

L’organismo dunque è stato concepito come un organismo interno, “privo di rilevanza esterna e/o “statutaria”, in quanto interno alla società”¹⁶⁶, ma occorre rilevare che taluna dottrina, a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 231/2007¹⁶⁷, e in ragione dell’istituzione di specifici obblighi a carico dell’Organismo di Vigilanza, la violazione dei quali comporta sanzioni nei confronti dei singoli membri,

¹⁶³ BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Cedam, Wolters Kluwer, 2012, p. 1.

¹⁶⁴ SANTORIELLO C., *Ampliamento del catalogo dei reati presupposto della responsabilità della persona giuridica e conseguenze in tema di composizione dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista* 231, 4-2012, p. 129.

¹⁶⁵ Come sottolinea SANTORIELLO C., *Ampliamento del catalogo dei reati presupposto della responsabilità della persona giuridica e conseguenze in tema di composizione dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista* 231, 4-2012, p. 130, Si pensi a quanto disposto dagli artt. 2377, comma 2, 2388 e 2391 c.c. in tema di impugnazioni; all’art. 2393, comma 3, c.c. in tema di azione di responsabilità; agli artt. 2405 in tema di assistenza alle adunanze, 2406, comma 2, 2408 in tema di possibilità di convocazione dell’assemblea, 2408 in tema di indagine su fatti censurabili, 2409 in tema di potere di denuncia e 2429 c.c. in tema di bilancio.

¹⁶⁶ BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Cedam, Wolters Kluwer, 2012, p. 1.

¹⁶⁷ Art. 52 d.lgs. n. 231/2007: “1. Fermo restando quanto disposto dal codice civile e da leggi speciali, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza, il comitato di controllo di gestione, l’organismo di vigilanza di cui all’articolo 6, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati presso i soggetti destinatari del presente decreto vigilano ((ciascuno nell’ambito delle proprie attribuzioni e competenze)) sull’osservanza delle norme in esso contenute. 2. Gli organi e i soggetti di cui al comma 1: a) comunicano, senza ritardo, alle autorità di vigilanza di settore tutti gli atti o i fatti di cui vengono a conoscenza nell’esercizio dei propri compiti, che possano costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell’articolo 7, comma 2; b) comunicano, senza ritardo, al titolare dell’attività o al legale rappresentante o a un suo delegato, le infrazioni alle disposizioni di cui all’articolo 41 di cui hanno notizia; c) comunicano, entro trenta giorni, al Ministero dell’economia e delle finanze le infrazioni alle disposizioni di cui all’articolo 49, commi 1, 5, 6, 7, 12,13 e 14 e all’articolo 50 di cui hanno notizia; d) comunicano, entro trenta giorni, alla ((autorità di vigilanza di settore)) le infrazioni alle disposizioni contenute nell’articolo 36 di cui hanno notizia”.

ha sottolineato che l'Organismo di vigilanza ha "per così dire, acquistato una rilevanza anche esterna, divenendo destinatario di specifici e ben determinati obblighi vigenti nell'ordinamento in generale, dunque integrandosi in un sistema di vigilanza e controllo di carattere pubblico, non più circoscritto alla tutela dei soli interessi particolari dell'ente"¹⁶⁸. L'art. 52, prima della novella apportata dal d.lgs. 25 settembre 2009, n. 151, richiedeva all'OdV, unitamente ad altri, di vigilare sull'adempimento delle disposizioni del decreto in modo estensivo e generale. Ad oggi, invece, l'obbligo di vigilanza sull'adempimento delle disposizioni del decreto vi è sempre, ma la novella ha ristretto l'applicazione prevedendo che tale obbligo di vigilanza si realizzi per "ciascuno nell'ambito delle proprie attribuzioni e competenze". Si ritiene¹⁶⁹, dunque, che l'OdV non abbia una funzione di garanzia, in quanto l'OdV non possiede i penetranti poteri di intervento, richiesti generalmente dalla giurisprudenza¹⁷⁰, per la tutela del bene giuridico, "quindi, anche alla luce della novella legislativa del 2009, quella dell'OdV può esser qualificata ancor di più come posizione non integrante gli estremi dell'obbligo di protezione, bensì dell'obbligo di controllo e, segnatamente, di controllo preordinato all'impedimento dell'altrui attività criminosa. I poteri di impedire il fatto spettano unicamente ai titolari della gestione della società, nella quale l'OdV non deve in alcun modo ingerirsi"¹⁷¹. Fatta questa precisazione, vale comunque la considerazione che l'OdV, a seguito della normativa antiriciclaggio, assume una rilevanza anche esterna proprio a seguito della previsione di un suo coinvolgimento negli obblighi verso l'autorità pubblica, la cui omissione può comportare ripercussioni dirette sulla responsabilità dei suoi componenti. Autorevole dottrina ritiene che "l'obbligo di comunicazione dovrebbe sorgere in capo all'OdV solo in presenza delle seguenti condizioni:

- i. le violazioni e le infrazioni non sono state segnalate da parte della funzione aziendale cui spetta in prima istanza e per competenza funzionale la segnalazione (i.e. funzione antiriciclaggio, responsabile antiriciclaggio e responsabile della segnalazione delle operazioni sospette);

¹⁶⁸ BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Cedam, Wolters Kluwer, 2012, p. 4.

¹⁶⁹ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 119.

¹⁷⁰ Cass. Pen., Sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 22614.

¹⁷¹ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 120.

- ii. la notizia o l'evidenza di queste violazioni e/o infrazioni venga portata a conoscenza dell'OdV o nell'ambito della sua normale attività di controllo o nel corso di ispezioni a sorpresa o a seguito di segnalazioni;
- iii. qualora la segnalazione sia stata effettuata da un altro organo di controllo quale il collegio sindacale, per il principio di proporzionalità sembrerebbe doversi escludere un obbligo per l'OdV di ripetere la stessa.

L'obiettivo della legge è infatti informare le autorità competenti non imporre una penitenza informativa in capo agli organi di controllo. Si ritiene, pertanto, di poter altresì escludere che l'OdV abbia il compito di ri-esaminare tutte le operazioni già vagliate dalle funzioni aziendali interne (i.e. funzione antiriciclaggio, responsabile antiriciclaggio e responsabile della segnalazione delle operazioni sospette) al fine di individuare eventuali erronee valutazioni delle operazioni non segnalate all'autorità di vigilanza”¹⁷².

L'organismo di vigilanza è dunque sostanzialmente un organo “facoltativo”, prevalentemente con rilevanza interna e liberamente disciplinabile. Il d.lgs. n. 231/2001 ha lasciato ampia libertà di scelta agli enti in quanto non ha previsto nel dettaglio le regole del funzionamento dell'Organismo di vigilanza che sono state via via individuate dalla prassi e dall'indagine dottrinale anche a seguito degli esiti delle pronunce giurisprudenziali in relazione alle massime in esse individuabili.

Il decreto disciplina l'Organismo di vigilanza esclusivamente all'art. 6 dal quale si desumono le funzioni essenziali dell'Organismo e dal quale si desume la necessità che l'Organismo abbia i sufficienti poteri di iniziativa e di controllo. Per quanto non detto dal decreto gli operatori del diritto dovranno necessariamente far riferimento alle posizioni della dottrina, della prassi e della giurisprudenza. Di seguito in questo capitolo si farà una panoramica sulle principali posizioni della prassi, della dottrina e della giurisprudenza in merito alle tematiche di più ampio rilievo relative al funzionamento dell'Organismo di vigilanza (in particolare gli aspetti relativi alla nomina, alla revoca, al compenso, al *budget*, al regolamento, alle funzioni ed ai flussi informativi) e alla responsabilità configurabile in capo allo stesso, con un taglio che prende in considerazione come soggetto destinatario della disciplina le società di capitali.

¹⁷² DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 121.

1.1 Nomina, durata dell'incarico e revoca

Per quanto concerne il conferimento dell'incarico all'Organismo di vigilanza il decreto non specifica in modo puntuale chi debba essere l'organo deputato alla sua nomina; l'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 si limita a stabilire che la vigilanza sull'adeguatezza del modello, sulla sua operatività e sul suo aggiornamento debba essere fatta da un organismo dell'ente.

Una posizione minoritaria in dottrina ritiene che debba essere competenza dell'organo assembleare la nomina dell'organismo di vigilanza. Questa posizione fa perno sostanzialmente su due argomentazioni: a) lo imporrebbero esigenze di autonomia ed indipendenza dell'Organismo, si dovrebbe infatti evitare che la nomina dell'Organismo venga fatta proprio da quell'organo sul cui operato l'Organismo sembra dover vigilare¹⁷³; b) la competenza dell'organo assembleare si desumerebbe dalla natura stessa dell'atto di nomina: l'atto, infatti, sarebbe afferente, secondo questa posizione dottrinale, alla struttura e al funzionamento stesso dell'ente e dunque in quanto materia attinente allo statuto societario (qualora si tratti di società) sarebbe di competenza dell'assemblea¹⁷⁴.

La posizione dottrinale¹⁷⁵ prevalente, che risulta essere quella preferibile, ritiene che tale funzione di nomina rientri nelle attribuzioni dell'organo gestorio, la stessa posizione si rileva poi in giurisprudenza¹⁷⁶. Chi sostiene detta posizione lo fa principalmente in base a queste argomentazioni¹⁷⁷: a) la prima argomentazione è di tipo letterale, infatti, si ritiene che il Legislatore, individuando all'art. 6, comma 1, lett. a) l'organo dirigente come organo preposto ad adottare ed attuare il modello di organizzazione e gestione, abbia sottinteso che fosse sempre tale organo a dover nominare l'Organismo di vigilanza in quanto elemento di effettività dello stesso

¹⁷³ Si veda a tal proposito CLARIZIA R. - NATI E., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il d.lgs. n. 231/2001 tra principi generali dell'ordinamento e nuovi organi societari*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2002, pp. 310 e ss.

¹⁷⁴ Si veda a tal proposito le osservazioni di SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. Soc.* 2007, pp. 177 - 178; favorevole a tale impostazione anche VOLTAN F., *Riflessioni sulla nomina dell'Organismo di Vigilanza nelle società di piccole dimensioni*, in *Rivista* 231, 4-2013, p. 157.

¹⁷⁵ Si veda ad esempio VALENSISE P., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/01: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, Fascicolo 2, dicembre 2009, Il Mulino; così anche BIANCHINI M. - DI NOIA C., *I controlli societari, molte regole nessun sistema*, Milano: Egea, 2010, BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Cedam, Wolters Kluwer, 2012 e DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015.

¹⁷⁶ Tribunale di Roma, ordinanza 4 aprile 2003, reperibile su www.assonime.it.

¹⁷⁷ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, pp. 357 - 359.

modello; b) la seconda argomentazione si basa sull'adeguata valorizzazione dell'art. 2381 del c.c., questo infatti attribuisce all'organo gestorio la cura dell'assetto organizzativo ed il controllo sull'adeguatezza dello stesso, in questo modo i poteri dell'OdV, che costituiscono poteri derivati, sarebbero attribuiti dai medesimi soggetti cui tali poteri spetterebbero originariamente¹⁷⁸; c) a suffragio di questa posizione vi sarebbe anche l'art. 6, comma 4, che prevede che negli enti di piccole dimensioni i compiti dell'Organismo di vigilanza possano essere assolti direttamente dall'organo dirigente; d) per ultimo devono annoverarsi le motivazioni di natura sistematica, per cui la nomina dell'organo di controllo da parte del soggetto controllato non è una fattispecie sconosciuta all'ordinamento, un esempio si ha nel sistema cd. monistico dove la nomina dell'organo di controllo viene effettuata dal consiglio di amministrazione. La nomina dei componenti dell'OdV sarebbe quindi un atto organizzativo e amministrativo e quindi un atto gestorio spettante all'organo di gestione e questa circostanza rispetterebbe le "previsioni della riforma del diritto societario che ha rafforzato il principio generale dell'esclusiva capacità nonché responsabilità gestoria degli amministratori a prescindere dall'esigenza di un'apposita autorizzazione assembleare (art. 2364, comma 1, n. 5, c.c.)"¹⁷⁹. Nelle società con modello dualistico¹⁸⁰ la nomina dell'OdV può essere effettuata dal consiglio di gestione o dal consiglio di sorveglianza o alternativamente dal consiglio di gestione subordinatamente all'autorizzazione del secondo.

La nomina¹⁸¹ dovrà essere comunicata a ciascun componente e questi dovrà provvedere ad accettarla formalmente¹⁸², con apposita dichiarazione, che attesti anche il possesso dei requisiti di indipendenza, onorabilità, autonomia,

¹⁷⁸ Come si sottolinea in PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, nella disamina delle posizioni sul punto, differente potrebbe essere il caso delle S.r.l. nelle quali i soci possono prendere decisioni gestorie qualora lo decidano uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno 1/3 del capitale sociale.

¹⁷⁹ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 22.

¹⁸⁰ MONTALENTI P., *Struttura e ruolo dell'organismo di vigilanza nel quadro della riforma del diritto societario*, in BIANCHINI M. – DI NOIA C., *I controlli societari, molte regole nessun sistema*, Milano: Egea, 2010, p. 97.

¹⁸¹ IRDEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 5.

¹⁸² Dottrina sostiene che nel caso in cui nominato sia un soggetto dipendente questi, in caso in cui la nomina a membro dell'OdV comporti un innalzamento di livello, non possa rifiutarsi, in tal caso però il lavoratore avrebbe diritto a maggiore retribuzione, a meno che la mansione di componente dell'OdV, e quindi la mansione di vigilanza, non rientri tra le mansioni del suo livello, per approfondimenti si veda ANTONETTO L., *Il regime del rapporto e della responsabilità dei membri dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 1-2008, pp. 75 - 86.

professionalità¹⁸³ e la insussistenza di cause di ineleggibilità eventualmente previste nel modello¹⁸⁴. Se l'accettazione della carica avviene contestualmente in sede di nomina, perché i componenti partecipano alla riunione, l'accettazione può essere fatta tramite specifica annotazione a verbale. In caso di nomina plurisoggettiva dovrà essere nominato dall'organo gestorio anche il presidente "che avrà gli stessi compiti dei membri effettivi, oltre all'incarico specifico di comunicare agli altri organi sociali le attività svolte e le eventuali eccezioni riscontrate nello svolgimento dei compiti specifici"¹⁸⁵. Per la prima volta la nomina dell'OdV avviene con la stessa delibera di approvazione e adozione del modello organizzativo, successivamente l'Organismo è rinnovato o nominato con apposita delibera. In particolare "è opportuno che il verbale:

- espliciti le ragioni per le quali l'ente ha ritenuto opportuno adottare il modello e, quindi, nominare un organismo di vigilanza;
- esprima la scelta dell'ente circa la composizione dell'organismo di vigilanza, motivando le ragioni per cui si è scelto un organismo monocratico o collegiale e, in tale ultimo caso, a composizione interna o mista, oppure di attribuire le funzioni ad un organo interno o al collegio sindacale;
- identifichi nominativamente i soggetti che sono chiamati a svolgere l'incarico di componenti dell'organismo di vigilanza;
- fornisca tutti gli elementi utili e necessari a dimostrare la bontà della scelta operata, soprattutto per quanto concerne i requisiti di autonomia, professionalità, indipendenza e continuità di azione, anche tramite l'allegazione o il richiamo dei *curriculum vitae* dei professionisti individuati;
- espliciti l'inesistenza di cause di impedimento o ineleggibilità;
- elenchi i poteri conferiti all'organismo di vigilanza, anche eventualmente facendo riferimento a quelli analiticamente descritti nel relativo modello;
- espliciti la durata della carica dei componenti dell'organismo di vigilanza;

¹⁸³ Requisiti individuati in CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, Aggiornate al marzo 2014, pp. 57 -62.

¹⁸⁴ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 59.

¹⁸⁵ BIANCHI G., *Amministratori e sindaci. Gli adempimenti e le responsabilità*, Milano: Utet Giuridica, Wolters Kluwer, 2010, p. 634, *contra* IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 5, che ritiene che il presidente debba essere nominato dallo stesso Organismo.

- indichi, anche tramite rinvio alle previsioni all'uopo previste nel modello, le ragioni in presenza delle quali sussisterebbe una giusta causa di revoca dell'organismo di vigilanza;
- attribuisca un *budget* di spesa in favore dell'organismo di vigilanza"¹⁸⁶.

L'IRDCEC¹⁸⁷ ritiene che il verbale di avvenuto conferimento dell'incarico, una volta accettato, debba essere formalmente comunicato da parte dell'organo dirigente a tutti i livelli aziendali "in modo tale che siano chiari i poteri, i compiti e le responsabilità dell'OdV, nonché la sua collocazione gerarchica e organizzativa, le finalità della sua costituzione e i canali di comunicazione identificati per poter effettuare segnalazioni in merito al modello adottato"¹⁸⁸; l'IRDCEC individua poi come contenuti minimi dell'incarico le funzioni, gli obblighi e le responsabilità, la durata, le cause di decadenza ed il compenso; ritiene poi che dovrebbero essere stipulati singoli contratti tra l'ente e ciascun componente dell'OdV.

Nel modello si dovrebbe¹⁸⁹ con riferimento all'OdV: esplicitare i requisiti di autonomia, indipendenza, professionalità e continuità di azione; garantire l'autorità dell'organismo di vigilanza sancendo l'impossibilità per gli altri organismi o per le funzioni aziendali di sindacare il suo operato; assicurare la libertà di accesso dell'OdV a tutta la documentazione e a tutte le informazioni aziendali; prevedere la dotazione di un apposito *budget*; prevedere la possibilità di avvalersi di tutte le funzioni aziendali interne e/o di consulenti esterni per lo svolgimento delle verifiche e delle indagini.

Per quanto concerne la durata¹⁹⁰ della carica anche in questo caso la legge nulla dispone. Si è prospettato nella prassi¹⁹¹ la possibilità che la durata debba riferirsi solo ai componenti esterni, poiché quelli interni, in ragione della loro individuazione in base non solo alle qualità personali, ma anche e soprattutto alla tipologia di carica rivestita in azienda, rivestirebbero il ruolo di membro dell'organismo fin tanto che ricoprono la carica che si ritiene essere necessaria all'interno dell'OdV. Si ritiene

¹⁸⁶ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 58.

¹⁸⁷ IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 8.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 25.

¹⁹⁰ BIANCHI G., *Amministratori e sindaci. Gli adempimenti e le responsabilità*, Milano: Utet Giuridica, Wolters Kluwer, 2010, p. 634.

¹⁹¹ AODV, *Requisiti e composizione dell'organismo di vigilanza*, 1 febbraio 2010.

però che per motivi di praticità la durata debba riferirsi all'intero organismo e quindi indistintamente a tutti i suoi membri. La durata dell'incarico, in base a quelli che sono i principi generali dell'ordinamento, nonché la necessità di mantenere inalterato il requisito di indipendenza, si ritiene che debba essere a tempo determinato, preferibilmente almeno di durata triennale, per garantire la pianificazione e la successiva messa in atto dell'attività programmata e che al massimo possa prendere come riferimento la durata in carica dell'organo gestorio (al massimo quindi quinquennale) di cui l'Organismo è espressione. La durata¹⁹², comunque determinata, dovrà risultare dall'atto di nomina.

Per quanto riguarda la cessazione dall'incarico questa potrà avvenire: per scadenza dei termini di durata, per decadenza¹⁹³, per revoca, per rinuncia da parte di un componente, per il decesso del componente. Altre cause possono essere previste nel regolamento dell'OdV.

Per quanto concerne la scadenza¹⁹⁴ se la carica viene attribuita per "esercizi" questa scadrà alla data di approvazione del bilancio di chiusura dell'ultimo esercizio sociale, qualora venga attribuita su base annua in tal caso si potrebbe avere uno sfasamento tra durata in carica dell'OdV e chiusura dell'esercizio sociale dell'ente di riferimento. Sicuramente nei casi di cui ai commi 4 e 4 - *bis* dell'art. 6 si dovrà tenere di conto della durata del diverso e specifico incarico ricoperto dai sindaci o dagli amministratori per evitare che rimangano in carica una volta terminata la loro carica principale.

Secondo l'IRDCEC esisterebbero delle cause di decadenza¹⁹⁵ (e di ineleggibilità) le quali principalmente si individuano:

- nella perdita del possesso dei requisiti di autonomia, indipendenza, onorabilità e professionalità (ad esempio la cancellazione dall'albo dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili);
- l'interdizione, l'inabilitazione o una condanna che comporti l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici ovvero l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese;

¹⁹² IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 5.

¹⁹³ Prevista dall' IRDCEC.

¹⁹⁴ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 60.

¹⁹⁵ IRDEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 15.

- qualora il soggetto sia componente dell'OdV di un'altra società e vi sia una sentenza di condanna di primo grado di questa altra società ai sensi del decreto, ovvero un procedimento penale concluso con il "patteggiamento", ove risulti dagli atti "l'omessa o insufficiente vigilanza" da parte dell'organismo di controllo, secondo quanto previsto dall'art. 6 comma 1, lett. d) del decreto;
- una sentenza di condanna anche non definitiva a carico dei componenti dell'OdV per aver personalmente commesso uno dei reati previsti dal decreto;
- un grave inadempimento dei propri doveri.

In base ad autorevole dottrina¹⁹⁶ a queste si dovrebbero aggiungere:

- i soggetti che si trovino nelle condizioni previste dall'art. 2382 c.c.;
- il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado con gli amministratori dell'ente;
- il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori di società controllanti o società controllate;
- i soggetti che sono legati all'ente o a società da questa controllate o a società che lo controllano da rapporti che oggettivamente ne possono compromettere l'indipendenza di giudizio;
- i soggetti che si trovino in conflitto di interesse, anche potenziale, con l'ente tale da pregiudicare l'indipendenza richiesta dal ruolo e dai compiti propri dell'OdV;
- i soggetti titolari, direttamente o indirettamente, di partecipazioni azionarie di entità tale da permettere di esercitare un'influenza dominante o notevole sull'ente, ai sensi dell'art. 2359 c.c.;
- i soggetti con funzione di amministrazione - nei tre esercizi precedenti alla nomina quale membro dell'OdV - di imprese sottoposte a fallimento, liquidazione coatta amministrativa o altre procedure concorsuali.

A queste cause si dovrebbe poter aggiungere anche la perdita dei requisiti previsti dallo statuto o dal Modello. La giurisprudenza ha ritenuto inefficace la previsione di una causa di ineleggibilità che impedisse di essere componente dell'OdV a seguito di una sentenza passata in giudicato nella quale si fosse accertato che il soggetto avesse

¹⁹⁶ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 30.

commesso un reato rientrante nel catalogo dei reati presupposto o la previsione di una condanna definitiva ad una pena che comporti l'interdizione anche temporanea dai pubblici uffici o dagli incarichi direttivi delle persone giuridiche o delle imprese. Si è ritenuto che anche prima della definitività della sentenza di condanna il soggetto, pur se ancora non colpevole, non sia in una posizione di sufficiente indipendenza per rivestire tale carica¹⁹⁷. Una volta intervenuta la causa di decadenza l'organo amministrativo, salvo diversa previsione del modello, dovrebbe provvedere a nominare il nuovo componente dell'OdV in sostituzione di quello decaduto al fine di conservare i requisiti di idoneità dello stesso.

Per quanto concerne la revoca¹⁹⁸, questa garantirebbe la permanenza nell'OdV dei requisiti di autonomia, indipendenza, professionalità e continuità di azione. Sarebbe comunque opportuno che il modello prevedesse in via preventiva le ipotesi in cui l'organo dirigente abbia la facoltà di revocare l'incarico conferito. Si ritiene¹⁹⁹ poi che la revoca debba essere deliberata nelle stesse forme della nomina e quindi con le medesime autorizzazioni e con i medesimi pareri necessari e, in base ai principi di corretta amministrazione ed in base ad una recente giurisprudenza²⁰⁰, possa avvenire solo per giusta causa, la quale si può configurare ad esempio nella realizzazione di un grave inadempimento dei doveri imposti all'Organismo dalla

¹⁹⁷ Tribunale di Milano, 20 settembre 2004: "Se l'organo di vigilanza deve, pur se organo interno alla società, essere indipendente ed in grado di controllare non solo i dipendenti, ma anche i direttori e gli amministratori dell'ente, appare veramente eccessivo pretendere, perché operi la causa di ineleggibilità, che nei confronti del soggetto che si vorrebbe nominare sia stata emessa una sentenza di condanna e che la sentenza sia diventata irrevocabile: potrebbe cioè nominarsi quale membro dell'organo di vigilanza un soggetto condannato – seppure con sentenza non irrevocabile – per corruzione, per truffa aggravata ai danni di ente pubblico, per frode fiscale ovvero un soggetto nei confronti del quale sia stata emessa sentenza di patteggiamento divenuta irrevocabile ad esempio per gravi fatti corruttivi";

Tribunale di Napoli 26 giugno 2007: "È, espressamente, previsto che il medesimo, pur essendo interno alla società, sia dotato nell'esercizio delle sue funzioni di autonomia e indipendenza dagli organi societari e dagli altri organismi di controllo interno. I suoi componenti devono essere dotati della professionalità e della competenza necessaria per lo svolgimento dei compiti assegnati e dei requisiti di onorabilità vigenti per gli amministratori delle imprese. Ne costituiscono cause di ineleggibilità e di decadenza le condanne con sentenza passata in giudicato per uno dei reati presupposto previsti dal decreto n. 231/2001 o la condanna con sentenza passata in giudicato ad una pena che comporta l'interdizione anche temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche o delle imprese (...) le cause di ineleggibilità e/o di revoca sono tali che la relativa funzione potrebbe essere svolta da soggetto già condannato per uno dei reati contemplati nel decreto, fino al passaggio in giudicato della sentenza".

¹⁹⁸ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 61.

¹⁹⁹ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 33.

²⁰⁰ Cass. Pen., Sez. VI, 26 settembre 2012, n. 37119 nella quale si afferma "l'inserimento di una clausola generica in base alla quale, pur se di regola il vigilante va nominato per un periodo corrispondente a quello dell'organo che lo nomina, il medesimo può essere allontanato per generici motivi personali, offre spazio ad un condizionamento dell'organo stesso".

legge o dal modello²⁰¹; per quanto riguarda i soggetti interni costituirà ad esempio giusta causa di revoca il venir meno del rapporto contrattuale tra l'ente stesso ed il membro interno. Risulta difficile però, una volta affermato questo principio, stabilire quali possano essere le conseguenze se la revoca non avviene per giusta causa non potendo far ricorso, come nel caso del collegio sindacale, ad una valutazione del tribunale, in questo caso il principio si svuoterebbe parzialmente di significato. Allora, anche a seguito della valutazione dell'Organismo come ufficio dell'ente, “pare preferibile la tesi che, assimilando il rapporto del componente dell'OdV al rapporto di prestazione di opera intellettuale ex art. 2237 c.c., ammetta la revocabilità dello stesso con risarcimento del danno in mancanza di giusta causa”²⁰²; il contratto che lega il componente dell'OdV all'ente sarebbe infatti un contratto d'opera intellettuale e non un contratto di mandato in favore di terzi in quanto non si rileverebbe nella legge alcuna traccia di questo speciale ruolo di garanzia da parte dell'OdV.

Per quanto riguarda la rinuncia²⁰³ all'incarico, anche in questo caso sarebbe opportuno che il modello prevedesse i casi di rinuncia all'incarico da parte di ciascun componente e le modalità di effettuazione della rinuncia. Si ritiene opportuno in questo caso prevedere l'obbligo di un congruo preavviso della rinuncia mediante una comunicazione, con su indicate le specifiche ragioni di rinuncia, che permetta la certezza della ricezione.

Altro aspetto fondamentale relativo alla cessazione riguarda la disciplina del caso in cui vengano meno uno, più componenti o tutti i componenti dell'organismo e quindi fondamentale risulta essere la disciplina dell'eventuale *prorogatio* ed anche dell'attività in *prorogatio* e dell'eventuale subingresso di soggetti in sostituzione prevedendo anche in questo caso le regole relativamente alla durata della loro carica

²⁰¹ Trib. Milano, 8 agosto 2012, n. 9258. In questa sentenza viene accolta l'eccezione di inadempimento per “mancato svolgimento di qualsivoglia attività” avanzata da una società contro la quale l'Organismo di vigilanza aveva promosso decreto ingiuntivo per il mancato pagamento del corrispettivo.

²⁰² DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 33. Sulla stessa posizione anche l'IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 18, secondo il quale non sarebbe necessaria la giusta causa in quanto riflettendo sulla natura del contratto che lega l'Organo all'ente questo sarebbe riconducibile ad un contratto d'opera intellettuale (o tutt'al più ad un contratto d'opera o all'appalto di servizi ex artt. 2237, 2227 e 1671 c.c.) e dunque l'ente avrebbe diritto a recedere unilateralmente dal contratto, anche in assenza di giusta causa, corrispondendo le spese ed il compenso maturato, fatto salvo l'eventuale diritto al risarcimento del danno, non ritenendosi applicabile il contratto di mandato in favore di terzi (art. 1723 c.c.) che prevede la revocabilità dell'incarico solo per giusta causa.

²⁰³ *Ibidem*.

la quale si può comunque immaginare pari a quella del soggetto o dei soggetti ancora in carica. Se niente è disposto²⁰⁴ la causa di cessazione opera immediatamente.

È opportuno dunque che il modello regolamenti tali aspetti nonché la possibilità di rielezione dei medesimi componenti. La concreta regolamentazione del rapporto troverà la propria fonte oltre che nella legge e nel MOG anche in opportuni accordi contrattuali *ad hoc*. Queste specifiche sono altamente consigliate al fine di dover evitare difficili operazioni di interpretazione ed integrazione delle previsioni del modello con i principi cardine dell'ordinamento di natura contrattuale e non contrattuale soprattutto in sede giudiziaria.

Dottrina e giurisprudenza²⁰⁵ riflettono in ultima analisi sul fatto che niente osterebbe a che, nelle società chiuse, ai sensi dello stesso art. 2364, comma 1, n. 5, l'assemblea stessa si attribuisca il potere, in via statutaria, di autorizzare la nomina o la revoca dell'Organismo fatta sempre dall'organo di gestione ed eventualmente soggetta, secondo altra dottrina²⁰⁶, al parere del collegio sindacale.

1.2 Compensi dei componenti

Il compenso riconosciuto al componente dell'OdV è uno dei presidi all'autonomia ed indipendenza dello stesso e secondo quanto sancito nelle linee guida di Confindustria "il pagamento di un compenso alla persona, interna o esterna all'ente, per l'attività in argomento non costituisce causa di "dipendenza"."²⁰⁷, anzi, si potrebbe anche ritenere, a seguito di quanto affermato dalla giurisprudenza²⁰⁸, che l'incarico debba essere a titolo oneroso per favorire la diligenza, l'indipendenza e l'autonomia dell'Organismo. Altro aspetto interessante sottolineato dal Tribunale di Milano è il fatto che il compenso non si dovrebbe considerare direttamente correlato all'esistenza dell'Organismo, bensì questo dovrebbe essere correlato all'adempimento dei suoi doveri²⁰⁹ ed in particolare, secondo il CNDCEC, che si è

²⁰⁴ *Ivi*, p. 32.

²⁰⁵ VALENSISE P., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/01: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, Fascicolo 2, dicembre 2009, p. 359 e Corte d'Appello di Milano, Sez. II Penale, 21 marzo 2012, n. 1824, p. 13.

²⁰⁶ MONTALENTI P., *Struttura e ruolo dell'organismo di vigilanza nel quadro della riforma del diritto societario*, in BIANCHINI M. – DI NOIA C., *I controlli societari, molte regole nessun sistema*, Milano: Egea, 2010, p. 97.

²⁰⁷ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, approvate il 7 marzo 2002, aggiornate al marzo 2014, p. 57.

²⁰⁸ Tribunale di Milano, 8 agosto 2012, n. 9258, p. 7.

²⁰⁹ *Ibidem*: "al compenso dei componenti dell'organismo di vigilanza doveva applicarsi, in mancanza di specifica pattuizione tra le parti, l'articolo 2225 c.c. e quindi la concreta determinazione del medesimo compenso

espresso in relazione ad una richiesta formulata dall'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Cuneo, "nell'ambito della tariffa professionale manca una specifica norma che disciplini i compensi spettanti ai componenti dell'OdV. Tuttavia in applicazione dell'art. 16 TP, deve ritenersi, in via analogica ed in considerazione delle funzioni di controllo attribuite a tale organismo, che per la concreta individuazione dei compensi possa farsi riferimento alle disposizioni di cui all'art. 32 TP. Pertanto il compenso potrà essere definito in relazione al tempo impiegato per l'espletamento dell'incarico"²¹⁰. Il riferimento quindi sarebbe la tariffa dei Dottori Commercialisti (decreto ministeriale 2 settembre 2010, n. 169) ai sensi degli artt. 16 e 32. Un orientamento della dottrina ritiene però che affidare il giudizio dell'adempimento all'organo dirigente risulti alquanto discutibile "in quanto poiché sarebbe il Consiglio di Amministrazione l'organo deputato a giudicare sull'effettivo "espletamento" dei compiti da parte dell'OdV, si lascerebbe quest'ultimo esposto a sin troppo facili poteri di pressione. Non a caso, una tale corrispondenza tra lavoro effettivamente svolto ed il compenso è impensabile, non solo per il collegio sindacale, ma anche per i revisori e gli amministratori indipendenti. In caso di mancato adempimento dei compiti dell'OdV, si potrà non procedere al rinnovo dei componenti o, nei casi più gravi, alla loro revoca per giusta causa"²¹¹. In questo senso è bene sottolineare che risultano fondamentali le prove documentali dell'attività svolta per l'Organismo²¹².

Con riguardo ai professionisti esterni la prassi e la dottrina²¹³ sono unanimi nel ritenere onerosa l'attività e così anche per il caso in cui componenti siano i membri dell'organo di controllo²¹⁴ o dipendenti dell'ente, in quanto questi soggetti

presupponeva lo svolgimento delle attività previste dal modello, (...) non avendo l'attore svolto alcuna di tali attività non era dunque ipotizzabile alcun compenso (...) nel merito la domanda dell'attore risulta infondata e deve essere respinta. (...) peraltro non può mancare di considerare che l'organismo in questione, proprio alla luce della lettera dell'art. 6, non può esaurire la sua funzione unicamente con la nomina e la sua semplice esistenza bensì è richiesto concretamente e fattivamente "di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli" e di "curare il loro aggiornamento". Il diritto al compenso per i componenti dell'organismo di vigilanza, dunque, presuppone l'adempimento in concreto di tali prestazioni e attività di controllo".

²¹⁰ CNDCEC, PO - 44/2009, tariffa professionale - art. 32 TP - compenso componente organismo di vigilanza ex art. 6 d.lgs. n. 231/2001, 24 febbraio 2009, protocollo n. 1966.

²¹¹ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 31.

²¹² Tribunale di Milano, 8 agosto 2012, n. 9258: "l'attore non aveva indicato alcuna prova che dimostrasse che egli avesse svolto le prestazioni per le quali richiedeva di essere compensato".

²¹³ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 65.

²¹⁴ Sull'onerosità dell'incarico anche nel caso in cui sia affidato all'organo di controllo si esprime anche l'IRDEC, Documento n.18, *Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 14, così anche AODV, *Requisiti e composizione dell'organismo di vigilanza*, 1 febbraio 2010, p. 19 che si esprime favorevolmente anche a proposito degli

andranno a ricoprire nuove funzioni alle quali si collegheranno nuove responsabilità²¹⁵, dubbi eventualmente potranno sussistere se il componente dell'OdV risulterà essere un dipendente che però svolge già funzioni di controllo, perché ad esempio afferente alla funzione di *Internal Audit*²¹⁶.

Secondo il documento dell'IRDCEC²¹⁷ il compenso dovrebbe essere determinato dall'organo amministrativo all'atto della nomina per l'intera durata dell'incarico, salvo modifiche ed aggiornamenti che si rendessero necessari a seguito di variazioni nel grado di complessità dell'attività (ad esempio a seguito di ampliamento del numero dei reati presupposto, cambiamenti importanti nell'assetto organizzativo dell'ente). Questo poi dovrebbe essere parametrato al rischio di incarico e dunque ai livelli di responsabilità assunti, rischio valutato in base al tipo di attività svolta dall'ente, alla complessità dell'organizzazione (ad esempio esistenza di sedi anche all'estero), al livello dimensionale (fatturato, numero di dipendenti, capitale sociale), al momento in cui si predispone il modello e dunque si assume l'incarico (prima o dopo la commissione del reato), mentre il tempo impiegato nello svolgimento delle attività sarebbe solo un criterio per la ripartizione del compenso così determinato tra i singoli componenti.

Per quanto riguarda il presidente dell'OdV, secondo la prassi²¹⁸, a questi dovrebbe essere attribuita una remunerazione specifica più alta di quella degli altri componenti sulla scorta di quanto stabilito dalla tariffa dei Dottori Commercialisti che, all'art. 37, comma 5, del D.M. 2 settembre 2010, n. 169²¹⁹.

amministratori indipendenti, questi, come i sindaci, assumendo un nuovo incarico, avranno ulteriori compiti e responsabilità e pertanto è opportuno che il compenso non sia "assorbito" da quello già spettante, né tantomeno potrebbe ritenersi accettabile l'attribuzione solo di "gettoni di presenza" per ciascuna partecipazione senza la previsione di un compenso *ad hoc*, nel limite però del mantenimento dell'autonomia di giudizio ed indipendenza.

²¹⁵ In accordo anche DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 29.

²¹⁶ Contrariamente a quanto disposto da PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 65, secondo il documento AODV, *Requisiti e composizione dell'organismo di vigilanza*, 1 febbraio 2010, p. 20, sicuramente la prestazione del dipendente è da inquadrarsi come prestazione di lavoro subordinato e sicuramente allo svolgimento dell'attività di componente dell'OdV deve essere riconosciuto una remunerazione a fronte delle nuove attività da svolgere e soprattutto in relazione alla responsabilità che ne deriva, così, e in relazione alle stesse motivazioni, dovrebbe essere anche per l'*Internal Auditor*.

²¹⁷ IRDEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, pp. 13 - 14.

²¹⁸ AODV, *Requisiti e composizione dell'organismo di vigilanza*, 1 febbraio 2010, p. 19.

²¹⁹ "Qualora il professionista abbia la carica di presidente del collegio i compensi di cui ai commi 2 e 3 sono maggiorati del 50%".

Il compenso non potrà poi essere in alcun modo legato all'andamento della società né all'esito dei controlli²²⁰.

1.3 Il *budget*

Affinché l'OdV possa espletare al meglio ed in modo effettivo le sue funzioni ed i suoi poteri di iniziativa e controllo in autonomia ed indipendenza è necessaria la previsione di un *budget* a suo favore, dunque “nel contesto delle procedure di formazione del *budget* aziendale, l'organo dirigente dovrà approvare una dotazione adeguata di risorse finanziarie, proposta dall'OdV, della quale quest'ultimo potrà disporre per ogni esigenza necessaria al corretto svolgimento dei compiti (es. consulenze specialistiche, trasferte)”²²¹. L'OdV, attraverso una previsione dello stesso modello, dovrà quindi essere messo nella possibilità di disporre di un *budget* adeguato per effettuare verifiche ed ispezioni eventualmente avvalendosi di professionisti esterni qualora manchino nella rosa dei componenti specifiche qualifiche tecniche. Secondo quanto affermato in dottrina²²² il *budget* potrebbe essere determinato sia in fase di nomina e per l'intero mandato oppure, come appare preferibile, di anno in anno, richiedendo alla bisogna opportune integrazioni. Resta pacifico in effetti che qualora si presentasse l'esigenza di un budget superiore questo potrà e dovrà essere integrato in base a quelle che sono le rinnovate esigenze dell'Organismo in modo da permettere allo stesso di svolgere quanto ritenuto utile ai fini della vigilanza in condizioni di assoluta autonomia ed indipendenza, ad esempio si potrebbe rendere necessaria una consulenza tecnica specifica in base ad una diretta segnalazione del personale dipendente per la quale si rinvenga necessaria una integrazione straordinaria di *budget*. Quanto alla quantificazione questa sarà frutto di una valutazione che varierà in relazione a diversi parametri quali ad esempio la dimensione aziendale, la dislocazione, la complessità organizzativa, la complessità dell'attività, la rischiosità della stessa (in relazione a quante e quali sono le aree di rischio maggiormente interessate e ad eventuali precedenti nelle aree di reato relative ai reati presupposto), alla struttura e all'efficienza del sistema di controllo interno e

²²⁰ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 30.

²²¹ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, approvate il 7 marzo 2002, aggiornate al marzo 2014, p. 61.

²²² PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 63.

del sistema dei flussi informativi. In alcuni casi è stato riscontrato nella prassi una determinazione forfettaria in base ad una certa percentuale delle spese di consulenza sostenute dall'ente, in altri casi invece la percentuale veniva applicata al compenso attribuito agli stessi componenti.

1.4 Il regolamento dell'OdV

Per quanto concerne il regolamento, la prassi²²³ stabilisce che, a presidio dell'autonomia dell'Organismo, questo dovrebbe essere approvato dallo stesso Organismo e non dall'organo dirigente ed è per questo che non dovrebbe costituire un allegato del modello, come invece può essere lo statuto dell'Organismo, il quale elenca “le caratteristiche dell'odv (...) quali: composizione, autonomia, indipendenza, professionalità e continuità d'azione, nonché i criteri per la nomina, le cause di incompatibilità ed ineleggibilità, i flussi informativi da e verso l'odv, i poteri. Viceversa, il regolamento dell'odv è deputato a disciplinare più nel dettaglio il funzionamento dell'odv sotto il profilo della cadenza delle riunioni, delle modalità di convocazione, delle maggioranze per le deliberazioni, della sua organizzazione interna, del ruolo del segretario, della possibilità di avvalersi di uno *staff* dedicato per l'effettuazione di alcune verifiche”²²⁴, la verbalizzazione delle riunioni e la disciplina dei flussi informativi.

Altro dal regolamento è poi il piano di attività che definisce gli ambiti di indagine, le aree di attività dove realizzare le verifiche, che in sostanza definisce la programmazione delle attività. La dottrina²²⁵ ritiene che questo non debba essere inserito nel regolamento, in primo luogo perché non riguarda il “funzionamento” dell'OdV ed in secondo luogo perché questo ha durata variabile e può cambiare ed è opportuno che cambi e non rimanga inalterato in relazione al sopravvenire di modifiche ad esempio nell'attività o nell'organizzazione o a seguito delle risultanze di talune verifiche. Per la programmazione dell'attività dell'OdV utile potrebbe essere seguire quanto stabilito dallo Standard 2010 e dalle guide interpretative dello standard per la pratica professionale dell'attività di Internal Auditor²²⁶.

²²³ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, approvate il 7 marzo 2002, aggiornate al marzo 2014, p. 61.

²²⁴ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 68.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ *Standard 2010 – piano delle attività di internal audit*, reperibile su <http://www.aiiaweb.it/en/node/766>.

Operativamente²²⁷ il regolamento dovrà prevedere: la modalità di convocazione e tempistica delle riunioni; la suddivisione interna di competenze; il luogo (generalmente presso la sede dell'ente con limitazione di accesso), le modalità di archiviazione (cartacea o elettronica) e la gestione delle informazioni; le modalità di verbalizzazione delle riunioni (comprese quelle tenute con altri organi sociali in un libro verbale le cui pagine siano possibilmente vidimate e dove ogni verbale venga firmato da tutti i componenti per dare certezza della successione temporale delle attività svolte²²⁸) nonché la tracciabilità delle attività svolte; le modalità di svolgimento delle verifiche; la possibilità di tenere le riunioni in via telematica; le modalità di collaborazione con gli altri organi dell'ente. Si ritiene opportuno anche che venga previsto nel regolamento l'istituzione di una casella di posta sia fisica che elettronica (PEC) nella quale l'OdV possa ricevere le comunicazioni.

Il regolamento²²⁹ dovrà poi prevedere le modalità di effettuazione delle indagini a seguito di segnalazione e procedure per la definizione di un eventuale conflitto di interessi nonché la modalità di definizione del piano dei lavori.

Una esemplificazione del regolamento è fornita come allegato al documento dell'IRDCEC²³⁰.

1.5 Funzioni e poteri

Le linee guida di Confindustria²³¹ individuano, sulla base del combinato disposto degli artt. 6 e 7 del decreto, queste come funzioni principali dell'OdV:

- vigilanza sull'adeguatezza del modello e quindi sulla reale e non formale capacità dello stesso di prevenire i comportamenti vietati e dunque la commissione dei reati;
- vigilanza sulla effettività del modello e quindi sulla coerenza tra i comportamenti concreti ed il modello istituito;

²²⁷ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 106.

²²⁸ La certezza della data potrà essere raggiunta anche mediante invio del verbale tramite PEC.

²²⁹ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 90 e p. 94.

²³⁰ IRDEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 33. Per approfondimenti sul regolamento si veda GHINI P. – FRUSCIONE L., *Guida alla redazione del regolamento dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 4-2013, p. 263 -267.

²³¹ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, approvate il 7 marzo 2002, aggiornate al marzo 2014, pp. 56 -57.

- analisi relativa al mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del modello e cura del suo aggiornamento nell'ipotesi in cui dalle analisi operate si renda necessario effettuare correzioni ed adeguamenti. Quest'ultimo aspetto si realizza comunicando dei suggerimenti operativi e delle proposte di adeguamento agli organi o alle funzioni aziendali ed una volta attuate attraverso il loro monitoraggio;
- attività d'informazione e formazione del personale dipendente e dei collaboratori, soggetti apicali e subordinati.

Prima di specificare nel dettaglio tali funzioni è opportuno definire quelli che sono i poteri riservati all'Organismo in relazione a dette funzioni. L'Organismo ha il potere di vigilare e di formare una "valutazione indipendente dei processi di gestione del rischio, di controllo e di *governance* dell'organizzazione"²³², ha dunque poteri propositivi, consultivi, istruttori e di impulso, ma non dovrebbe mai avere poteri impeditivi né tantomeno poteri disciplinari²³³. L'Organismo quindi non dovrà mai intervenire "direttamente nella preparazione o modifica dei protocolli o deleghe o poteri all'interno dell'azienda (anche se non sono preclusi occasionali pareri non obbligatori se richiesti da altre funzioni) né, nonostante vi siano diversi pareri in proposito, assumerà il ruolo di organo deputato ad infliggere direttamente le sanzioni disciplinari per la violazione del modello"²³⁴. Per non snaturare l'attività di vigilanza, che comporta un'attività di analisi ed indagine e tutt'al più episodica consulenza, tali poteri non dovrebbero essere nemmeno delegati all'Organismo che non può e non deve, pena la possibile inefficacia del modello, avere compiti operativi.

Pervenendo dunque all'analisi delle funzioni dell'OdV si rileva che in un primo momento la funzione dell'Organismo è quella di valutare il funzionamento del modello ossia la sua idoneità "a prevenire comportamenti illeciti e quindi verificarne la stabilità"²³⁵. Nel caso l'OdV noti delle debolezze, in base alla sua conoscenza della prassi e degli orientamenti giurisprudenziali di rilievo, dovrà suggerire all'organo dirigente di modificare il modello.

²³² DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 102.

²³³ G.i.p. Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007: "Non gli competono poteri di gestione, decisionali, organizzativi di modifica della struttura aziendale, né poteri sanzionatori".

²³⁴ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 102.

²³⁵ IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 19.

Altra funzione è quella relativa all'accertamento dell'osservanza del modello. In questo caso oggetto della vigilanza, posta l'idoneità e la validità dello stesso, è l'aderenza dei comportamenti effettivi, concreti, a ciò che è previsto nel modello in relazione all'attività quotidiana dell'ente. A questo proposito la vigilanza dovrà essere assidua per evidenziare tempestivamente situazioni di rischio e si realizzerà secondo due modalità²³⁶:

1. attraverso la realizzazione di attività di propria iniziativa (come ad esempio analisi documentale, controlli fisici, ispezioni programmate e non²³⁷, interviste²³⁸) nello svolgimento delle quali l'OdV avrà il potere di chiedere l'esibizione di ogni tipologia di documento che riterrà opportuna, di accedere alle diverse aree e sedi aziendali, di richiedere la collaborazione del personale e delle diverse funzioni aziendali ed eventualmente di consulenti esterni per lo svolgimento di verifiche e controlli tecnici specifici, senza il bisogno alcuno di consenso preventivo;
2. a seguito della ricezione di notizie e segnalazioni grazie a flussi informativi *ad hoc*, provenienti dai dipendenti o da altri organi o funzioni aziendali.

L'attività di vigilanza riguarderà l'osservanza di tutto il modello: l'osservanza del modello nel suo complesso attraverso il rispetto delle procedure di controllo, dei protocolli, l'osservanza delle disposizioni del codice etico e del sistema disciplinare, l'opportuno realizzarsi dei flussi informativi e delle attività di informazione e formazione. Qualora l'OdV evidenziasse delle violazioni o degli scostamenti significativi da quanto stabilito dal modello "le violazioni del modello e della legge (...) dovranno essere oggetto di comunicazione all'organo amministrativo (e a quello di controllo obbligatorio) per gli opportuni provvedimenti"²³⁹.

Altro aspetto della vigilanza è quello relativo alla vigilanza sull'idoneità del modello al passare del tempo e al mutare del contesto, in sostanza è l'attività di

²³⁶ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 111.

²³⁷ G.i.p. Tribunale di Milano, ordinanza 20 settembre 2004. Sulla necessità di ispezioni a sorpresa per evitare che il modello sia considerato non idoneo perché prevalentemente burocratico si veda anche G.i.p. Tribunale di Firenze all'interno del procedimento penale n. 4559/09.

²³⁸ CORTE DEI CONTI - SEZIONE DI CONTROLLI SUGLI ENTI, Relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria di EXPO 2015 S.p.a. per l'esercizio 2013, 5 dicembre 2014, n. 107, pp. 48 - 49, reperibile in www.cortedeiconti.it, nella quale si stabilisce che le interviste dell'OdV "dovrebbero essere di tipo sussidiario rispetto all'esame documentale, e percorribili esclusivamente per integrare i dati documentali acquisiti, ove questi presentino lacune o difficoltà interpretative".

²³⁹ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 112.

vigilanza volta a definire la necessità di un aggiornamento dello stesso affinché questo rimanga nel tempo solido e funzionale. L'Organismo a tal fine, nei casi in cui lo riterrà necessario a seguito delle sue attività di controllo, segnalerà all'organo dirigente i punti che dovrebbero essere integrati e/o modificati eventualmente facendo proposte e suggerimenti. "La necessità di procedere all'aggiornamento del Modello può dipendere da vari fattori, quali:

1. la modifica del *business model*, come ad esempio la decisione della società, da un dato momento, di partecipare a commesse pubbliche;
2. il cambiamento aziendale dei soggetti apicali. Promozioni, dimissioni, licenziamenti, sono tutti eventi che modificano non solo l'organizzazione delle persone, ma anche degli stili di comportamento e la gestione delle risorse;
3. la modifica dei poteri o delle deleghe. Pur in assenza di cambiamenti nella struttura di vertice, si possono manifestare esigenze organizzative che richiedono l'attribuzione di nuovi compiti o di nuove deleghe;
4. eventi straordinari quali l'acquisizione o la dismissione di nuove attività o rami di azienda, diversificazione delle attività svolte, la quotazione (da parte della società o della capogruppo) di strumenti finanziari in un mercato regolamentato;
5. allargamento dell'ambito di attività aziendale (linea di prodotto, mercato geografico di riferimento, nuovo settore);
6. assunzione di persone specializzate nella partecipazione a gare pubbliche;
7. attività di successiva analisi di *follow-up*, volta ad accertare che gli aggiornamenti attivati trovino concreta attuazione;
8. accertamento di significative violazioni del modello;
9. modifiche legislative o l'emanazione di sentenze che chiariscano alcuni aspetti della legge in modo tale da avere ripercussioni sul modello"²⁴⁰.

In tutti questi casi, abbastanza frequenti quando si tratta di ampliamento delle fattispecie di reato presupposto o di modifiche legislative che influenzino la *governance* dell'impresa, l'Organismo dovrà essere propositivo e costituire da stimolo nei confronti dell'organo dirigente che dovrà essere chiamato ad individuare

²⁴⁰ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 116.

i più opportuni aggiornamenti al modello anche, ma non esclusivamente, sulla base delle indicazioni e dei suggerimenti dell'Organismo stesso.

Per quanto riguarda infine l'attività d'informazione e formazione del personale dipendente e dei collaboratori, soggetti apicali e subordinati questa è una funzione che la dottrina²⁴¹ ritiene che direttamente discenda dall'obbligo di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del modello. L'OdV dovrà quindi promuovere e vigilare sull'idoneità delle iniziative intraprese per diffondere la conoscenza e la comprensione del modello, sia all'interno dell'ente che nei confronti di coloro che interagiscono a vario titolo con l'ente instaurando rapporti commerciali o professionali (ad esempio fornitori e consulenti). L'OdV dovrà quindi in un primo momento di attuazione del modello vigilare che venga curata la comunicazione circa la sua adozione a tutti i soggetti potenzialmente interessati (ad esempio fornitori, finanziatori, agenti, clienti, dipendenti, organi sociali, consulenti) con modalità differenziate a seconda dei destinatari della comunicazione. A tal proposito l'OdV potrà poi eventualmente valutare di "suggerire di inserire clausole di risoluzione del contratto per i casi in cui il soggetto terzo assuma comportamenti comunque contrari ai principi espressi nel d.lgs. n. 231/2001 o nel modello"²⁴². Successivamente l'OdV dovrà supportare l'ente nella definizione dell'attività formativa, che nel modello deve essere prevista come obbligatoria, del personale dirigente e dipendente che dovrà avere ad oggetto l'intero modello organizzativo (il decreto legislativo n. 231/2001, i reati presupposto, il modello, i protocolli, il codice etico, l'organismo di vigilanza ed il sistema sanzionatorio) da realizzarsi periodicamente. L'OdV dovrà quindi verificare che vengano adottate "opportune iniziative finalizzate alla divulgazione e conoscenza del modello e alla formazione e sensibilizzazione del personale sull'osservanza delle norme (...) anche attivandosi con il responsabile delle risorse umane affinché pianifichi appositi corsi. L'OdV potrà, altresì, verificare (senza alcun potere decisorio) l'idoneità delle proposte formative rispetto alle finalità preventive del modello, nonché gli esiti dell'attività di formazione, sia dal punto di vista della partecipazione degli esponenti aziendali che del loro apprendimento dei concetti, sia relativamente ai provvedimenti presi dalla società nei confronti dei propri dipendenti

²⁴¹ Ivi, p. 107.

²⁴² PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 76.

inadempienti”²⁴³. Solo attraverso una opportuna formazione e soprattutto attraverso il radicamento di una cultura aziendale in tal senso sarà possibile che si realizzi una efficace attuazione del modello. L’attività di formazione sul modello dovrà poi essere coordinata con l’attività di formazione prevista dal Testo unico sicurezza²⁴⁴ e con la formazione prevista dal decreto antiriciclaggio²⁴⁵. La formazione integrata dovrà poi quindi essere differenziata²⁴⁶ in una formazione generale destinata a tutti i dipendenti e gli organi sociali ed una formazione invece calibrata su specifiche figure investite di particolari funzioni sensibili ai fini della prevenzione dei reati presupposto.

È bene sottolineare che, in ragione della posizione privilegiata in termini di acquisizione di informazioni circa le violazioni intervenute del modello e la commissione di eventuali illeciti, spetti all’OdV promuovere l’esercizio dell’azione disciplinare, fermo restando che poi sarà l’organo dirigente a decidere circa la sua effettiva irrogazione²⁴⁷.

Per ultimo è opportuno segnalare che ai sensi del comma 1, art. 52 del d.lgs. n. 231/2007 l’organismo di vigilanza ha l’obbligo di vigilanza anche sull’osservanza delle previsioni di detto decreto nell’ambito delle proprie attribuzioni e competenze. Spetterebbe dunque all’OdV:

- “verificare che l’ente destinatario del d.lgs. n. 231/2007 si sia dotato di un sistema di controllo interno conforme alla normativa antiriciclaggio;
- vigilare sulla corretta applicazione delle misure e dei presidi adottati dall’ente per prevenire il fenomeno del riciclaggio confrontandosi con gli organi di revisione interna ed effettuando, laddove necessario, gli opportuni approfondimenti;
- segnalare all’organo amministrativo eventuali modifiche, integrazioni, criticità, violazioni riscontrate rispetto ai suddetti presidi.

Oltre al generale dovere di vigilanza, la principale novità del d.lgs. n. 231/2007 consiste nella previsione di cui al secondo comma dell’art. 52, laddove sono sanciti specifici obblighi di comunicazione aventi ad oggetto eventuali violazioni e

²⁴³ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 110.

²⁴⁴ Art. 36 del d.lgs. n. 81/2008.

²⁴⁵ Art. 54 del d.lgs. n. 231/2007. Per quanto riguarda la tematica OdV ed Antiriciclaggio si veda il paragrafo

²⁴⁶ G.i.p. Tribunale di Milano, 20 settembre 2004.

²⁴⁷ Di diverso avviso le Linee guida di Assogestioni (2007), p. 13 ed il Tribunale di Trani, sezione distaccata di Molfetta citati in DE NICOLA A. – ROTUNNO I., *I controlli interni ex-ante ed ex-post: il ruolo dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 1-2011, p. 129.

infrazioni della normativa antiriciclaggio”²⁴⁸. Gli obblighi di comunicazione sono sia nei confronti di soggetti interni che nei confronti di soggetti esterni²⁴⁹. Le tipologie di comunicazioni sono le seguenti:

TIPO DI COMUNICAZIONE	RIFERIMENTO
Se ne hanno notizia, comunicazione interna ai sensi dell’art. 52, comma 2, lett. b) al titolare dell’attività o al legale rappresentante o a un suo delegato	Le infrazioni di cui all’art. 41 (operazioni sospette)
Se ne vengono a conoscenza nell’esercizio dei propri compiti ai sensi dell’art. 52, comma 2, lett. a) comunicano senza ritardo alle autorità di vigilanza	Tutti gli atti o fatti che possano costituire violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell’art. 7, comma 2 (modalità di adempimento degli obblighi di adeguata verifica del cliente, organizzazione, registrazione, procedure e controlli interni).
Se ne hanno notizia ai sensi dell’art. 52, comma 2, lett. c) comunicano entro 30 giorni al ministero dell’economia e delle finanze ed ex art. 51 (secondo parte della dottrina ²⁵⁰) se all’interno dell’Organismo vi sono soggetti “destinatari” del decreto stesso, quali revisori o professionisti per come individuati dall’art. 12 e 13 del decreto e nei limiti indicati dalla norma.	Le infrazioni di cui all’art. 49, commi 1, 5, 6, 7, 12, 13 e 14 e di cui all’art. 50 (infrazioni relative alla limitazione dell’uso del contante e dei titoli al portatore e al divieto di conti e libretti di risparmio anonimi o con intestazione fittizia).
Se ne hanno notizia, ai sensi dell’art. 52, comma 2, lett. d) comunicano entro 30 giorni alla UIF	Le infrazioni alle disposizioni contenute nell’art. 36 (obblighi di registrazione nell’archivio unico informatico)

²⁴⁸ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L’Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 80.

²⁴⁹ Ai sensi dell’art. 55 del d.lgs. n. 231/2007 l’omessa comunicazione è penalmente sanzionata.

²⁵⁰ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L’Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 81.

Per quanto concerne i casi in cui la dottrina sostiene che le comunicazioni dell'OdV si debbano effettivamente realizzare si rimanda a quanto detto nel paragrafo 1 del presente Capitolo.

Il mancato rispetto degli obblighi di comunicazione è sanzionato dalla previsione del l'art. 55, comma 5, del d.lgs. 231/2007: “chi, essendovi tenuto, omette di effettuare la comunicazione di cui all'art. 52 comma 2, è punito con la reclusione fino ad un anno e con la multa da 100 a 1.000 euro”²⁵¹.

1.6 Flussi informativi e relazioni

1.6.1 Flussi informativi

Per agevolare l'attività di vigilanza l'art. 6, comma 2, sancisce la necessità che i modelli prevedano “obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare”, infatti, al fine di poter svolgere la funzione di vigilanza l'Organismo deve poter accedere oltre che a tutta la documentazione aziendale anche a tutte le informazioni relative all'impresa nel rispetto del codice deontologico della professione²⁵², della normativa in materia di *privacy*²⁵³ ed altre normative specifiche di settore (a titolo di esempio la normativa in tema di *insider trading* prevista per le società quotate).

La giurisprudenza²⁵⁴ ha affermato che tali flussi informativi non devono essere previsti in modo generico, ma, al contrario, devono essere dettagliatamente

²⁵¹Per approfondimenti circa la responsabilità dell'OdV si veda ROMOLOTTI T.E., *Prove di ingegneria genetica sull'Organismo di Vigilanza: il nuovo ruolo previsto dalla normativa antiriciclaggio*, in *Rivista231*, 1-2008, pp. 87 - 92; RAZZANTE R., *L'efficacia sanzionatoria dei provvedimenti contro il riciclaggio: qualche riflessione*, in *Rivista231*, 1-2009, pp. 45- 54; SANTORIELLO C., *Reati di riciclaggio e Organismo di Vigilanza: ma qual'è il vero ambito di applicazione del D.lgs. 231/2007* in *Rivista231*, 3-2014, pp. 35 - 40; SILVESTRI S., *Normativa antiriciclaggio ex D.lgs. 231/2007 e obblighi dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 3-2015, pp. 83 -89 e per le violazioni di cui all'art. 52 si veda ATRIGNA T., *La responsabilità dell'Organismo di Vigilanza per le violazioni di cui all'art. 52 della normativa AML*, in *Rivista231*, 3-2012, pp. 129 -144.

²⁵² GHINI P., *OdV: obbligo di riservatezza e di tutela dei dati personali, segreto aziendale/professionale*, in *Rivista231*, 1-2011, p. 250.

²⁵³ Sulla necessità del rispetto dell'obbligo di segretezza si veda SANTORIELLO C., *Attività dell'organismo di Vigilanza e obbligo di segretezza in capo ai suoi componenti*, in *Rivista231*, 4-2015, pp. 109 - 117.

²⁵⁴ G.i.p., Tribunale di Milano, 20 settembre 2004: “Non viene fornita alcuna concreta indicazione sulle modalità attraverso le quali coloro che vengano a conoscenza di comportamenti illeciti possano riferire all'organo di vigilanza: i «canali di informazione» cui si riferisce il modello organizzativo per la loro grande rilevanza dovrebbero, invece, essere resi noti – anche tramite la diffusione del modello stesso – ai dipendenti delle società. La particolare rilevanza della previsione di obblighi di informazione dei dipendenti e amministratori nei confronti dell'organismo di vigilanza è sottolineata anche nelle linee guida elaborata da enti rappresentativi di associazioni le quali hanno altresì cercato di catalogare i dati che dovrebbero essere obbligatoriamente riferiti dai dipendenti all'organo di vigilanza”;

G.i.p. Tribunale di Milano, ordinanza 9 novembre 2004: “Non è previsto e disciplinato un obbligo per i dipendenti, i direttori, gli amministratori della società di riferire all'organismo di vigilanza notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello o alla consumazione di reati”.

individuati e disciplinati dal modello, qualora i flussi informativi non siano considerati adeguati questo potrebbe comportare una valutazione negativa del modello stesso. La giurisprudenza ha poi affermato che la violazione degli obblighi di informazione nei confronti dell'OdV deve essere specificamente sanzionata²⁵⁵. Dovranno²⁵⁶ quindi essere previsti dal *management* sistemi informativi che permettano all'organismo di vigilanza di ricevere le notizie necessarie; dovranno essere sviluppate procedure formalizzate nel modello che individuino modalità, tempistiche e contenuti delle informazioni da inoltrare all'OdV. I flussi informativi poi dovranno essere “adeguati e proporzionati rispetto alla complessità e alla tipologia di attività che l'ente esercita”²⁵⁷.

A tal proposito è bene evidenziare che tali flussi dovrebbero essere progettati nell'ottica di una collaborazione globale di tutti i soggetti dell'ente²⁵⁸(ad esempio l'organo dirigente, il responsabile della funzione organizzazione, il responsabile prevenzione e protezione, il responsabile antiriciclaggio, i responsabili di funzione e tutti coloro che a vario titolo sono coinvolti nei processi e nelle procedure sensibili ed ad alto rischio di commissione di reati presupposto) ed in particolare degli “attori del sistema di controllo interno”²⁵⁹ (i quali vengono individuati nel Consiglio di Amministrazione, nel Comitato per il controllo interno (ora Comitato controllo e rischi), nell'amministratore esecutivo incaricato del sistema di controllo interno, nel Collegio sindacale, nella funzione di *Internal Audit*, nella funzione di *Risk Management*, nel dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili, nella

²⁵⁵ G.i.p. Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007.

²⁵⁶ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 83.

²⁵⁷ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 99.

²⁵⁸ GUARDIA DI FINANZA, *Volume III. Responsabilità amministrativa degli enti dipendenti da reato – Accertamento della responsabilità – Percorso operativo vol. I, Vol. II*, Circolare n. 83607, 19 marzo 2012, p. 88: “A tal riguardo assume fondamentale rilevanza il generale obbligo di assoluta ed incondizionata collaborazione incombente su tutti i livelli e le funzioni della società o dell'ente, siano essi operativi ovvero di direzione o di amministrazione (...). Per quanto precede, sarà necessario che il modello di organizzazione disciplini efficaci procedure di reportistica interna indirizzate all'ODV, da attivare per iscritto (anche tramite casella postale o a mezzo linea fax dedicata) ovvero tramite e-mail dedicata con accesso esclusivo ai suoi componenti, via gerarchico ovvero direttamente. L'ODV dovrà agire approfondendo la segnalazione al fine di trarre un proprio imparziale e documentato convincimento circa la veridicità dell'informativa e, comunque, in modo tale da garantire i segnalanti contro qualsiasi forma di ritorsione, discriminazione o penalizzazione, assicurando, altresì, la riservatezza dell'identità del segnalante, fatti salvi gli obblighi di legge e la tutela dei diritti delle persone accusate erroneamente e/o con mala fede.

In tale ambito, il compito della polizia giudiziaria sarà quello di stimare la completezza, soprattutto in termini di qualità, e la tempestività delle informazioni destinate all'organismo di controllo, allo scopo di constatare l'effettivo funzionamento dei meccanismi di prevenzione predisposti e la concreta capacità di reazione del citato organismo di vigilanza nello specifico contesto”.

²⁵⁹ ANACLERIO M. (et al.), *Internal Auditing*, Milano: Ipsoa, Wolters Kluwer, 2011, p. 17.

società di revisione, nel comitato per il controllo interno e la revisione contabile, nella funzione *compliance*). L'obbligo di informazione infine dovrà "essere esteso anche ai dipendenti che vengano in possesso di notizie relative alla commissione dei reati, in specie all'interno dell'ente, ovvero a pratiche non in linea con le norme di comportamento che l'ente è tenuto ad emanare (...) nell'ambito del modello"²⁶⁰ prevedendo delle modalità che garantiscano la riservatezza delle stesse. Si ritiene infine²⁶¹ che debba essere prevista nel modello anche la possibilità di segnalazioni da parte di soggetti esterni (lavoratori autonomi o parasubordinati, professionisti, consulenti, collaboratori, fornitori, clienti) e dovrebbe anche essere previsto che l'Organismo "ove lo ritenga necessario (...) può formalmente richiedere di essere invitato a partecipare alle riunioni degli organi sociali in cui sia all'ordine del giorno la discussione di argomenti attinenti al d.lgs. 231/2001"²⁶².

Gli obblighi di informazione dovranno essere sia verso l'Organismo che dall'Organismo di vigilanza che in una relazione periodica verso l'organo di gestione e di controllo darà conto delle attività svolte e della gestione del proprio *budget*²⁶³.

I flussi informativi verso l'Organismo di Vigilanza si possono distinguere in flussi informativi periodici e flussi informativi *ad hoc* o segnalazioni.

Come è stato precedentemente specificato i flussi informativi periodici dovranno riguardare tutti i soggetti dell'ente e, secondo le linee guida di Confindustria, soprattutto le funzioni aziendali a rischio reato dovendo riguardare "a) le risultanze periodiche dell'attività di controllo dalle stesse poste in essere per dare attuazione ai modelli (report riepilogativi dell'attività svolta, attività di monitoraggio, indici consuntivi, ecc.); b) anomalie o atipicità riscontrate nell'ambito delle informazioni disponibili (...) "²⁶⁴, inoltre dovrà essere avvisato²⁶⁵ dell'insorgere di nuove situazioni di rischio, della conclusione di operazioni commerciali o finanziarie rilevanti per consistenza economica, modalità di esecuzione, grado di rischio,

²⁶⁰ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, Aggiornate al marzo 2014, p. 70

²⁶¹ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 97.

²⁶² IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 23.

²⁶³ ANIA, *Linee Guida per il settore assicurativo ex art. 6, com.3, d.lgs. 231/01*, P. 46.

²⁶⁴ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, Aggiornate al marzo 2014, pp. 68 - 69.

²⁶⁵ IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 23.

coinvolgimento di parti correlate; ed anche²⁶⁶ dell'avvio di procedimenti giudiziari ed amministrativi (come ad esempio ispezioni dell'Autorità di Vigilanza) a carico dell'ente e dei procedimenti giudiziari a carico di esponenti dell'ente se relativi a reati presupposto, dovrà poi essere messo al corrente dei procedimenti disciplinari mossi nei confronti degli esponenti dell'ente e le loro risultanze (sanzione o archiviazione) nonché delle statistiche di procedimenti disciplinari aperti relativamente ai dipendenti nelle varie aree aziendali. Tali informazioni potranno riguardare poi ad esempio "le decisioni relative alla richiesta, erogazione e utilizzo di finanziamenti pubblici; le richieste di assistenza legale inoltrate dai dirigenti e/o dai dipendenti nei confronti dei quali la magistratura procede per i reati previsti dalla richiamata normativa; i provvedimenti e/o notizie provenienti da organi di polizia giudiziaria, o da qualsiasi altra autorità, dai quali si evinca lo svolgimento di indagini anche nei confronti di ignoti, per reati di cui al decreto 231; le commissioni di inchiesta o relazioni interne dalle quali emergono responsabilità per le ipotesi di reato di cui al decreto 231; le notizie relative alla effettiva attuazione, a tutti i livelli aziendali, del modello organizzativo, con evidenza dei procedimenti disciplinari svolti e delle eventuali sanzioni irrogate ovvero dei provvedimenti di archiviazione di tali procedimenti con le relative motivazioni; gli esiti dei controlli - preventivi e successivi - che sono stati effettuati nel periodo di riferimento, sugli affidamenti a operatori del mercato, a seguito di gare a livello nazionale ed europeo, ovvero a trattativa privata; gli esiti del monitoraggio e del controllo già effettuato nel periodo di riferimento, sulle commesse acquisite da enti pubblici o soggetti che svolgano funzioni di pubblica utilità"²⁶⁷.

In questo modo l'OdV avrà elementi per poter monitorare le aree a rischio reato e di rilevare criticità anche solo potenziali azionando, qualora lo ritenga necessario, operazioni di controllo ispettivo ovvero l'intervento dell'organo dirigente o del responsabile di funzione o di controllo che di volta in volta sarà interessato.

L'OdV dovrà poi valutare la reportistica periodica in materia di salute e sicurezza sul lavoro, la reportistica relativa ai controlli effettuati dal *management* e quella derivante da altre figure quali²⁶⁸ il *Chief Financial Officer*, il responsabile del

²⁶⁶ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 97.

²⁶⁷ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, Aggiornate al marzo 2014, p. 69.

²⁶⁸ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 84. Sono riportati nelle pp. 84 - 87 esempi di flussi informativi per le varie aree sensibili.

personale (ad esempio per quanto concerne l'aspetto disciplinare), il responsabile IT, i soggetti responsabili in materia di ambiente, il responsabile antiriciclaggio, il responsabile delle funzioni che intrattengono rapporti con la pubblica amministrazione ed in generale dai soggetti responsabili dei processi a rischio evidenziati nel corso delle operazioni di *Risk assessment* ed infine da parte degli attori del sistema di controllo interno.

Ulteriori flussi informativi sono i flussi *ad hoc* ossia le cd. segnalazioni di anomalie rappresentate da singoli fatti il cui perpetrarsi nel tempo può comportare l'integrazione di una fattispecie di reato. Il modello allora dovrà prevedere l'obbligo di segnalare all'OdV qualsiasi informazione relativa ad atti o fatti che si discostino da quanto stabilito nel modello. Per far ciò le stesse linee guida di Confindustria prevedono che nel modello stesso dovrà essere prevista una procedura ben precisa che garantisca la riservatezza e protegga l'identità dei segnalatori e li protegga da ogni forma di ritorsione, fatti salvi gli obblighi di legge e la tutela dei diritti dell'ente o delle persone accusate erroneamente e/o in mala fede. Una corretta predisposizione del sistema di segnalazione è fondamentale per la riuscita del sistema di prevenzione. Le linee guida poi precisano che questo tipo di attività non intende incentivare il cd. *whistleblowing*, ossia il riporto dei *rumors*, ma piuttosto incentivare il *reporting* fuori dalle linee gerarchiche per avere la possibilità di avere la segnalazione di violazioni in tempo utile per poter efficacemente intervenire. In quest'ottica l'OdV assumerà anche le caratteristiche dell'*Ethic Officer*. Una volta che l'Organismo riceve la segnalazione²⁶⁹ dovrà:

- in un primo momento valutare se i mezzi di prova sono in linea con quelli previsti e riconosciuti dalle procedure, valutando anche l'utilizzabilità del materiale sotto il profilo legale nell'eventuale instaurazione di un procedimento giudiziale; le segnalazioni verranno raccolte e conservate in un archivio accessibile solo all'OdV;
- qualora ritenga l'informazione e la documentazione attendibile dovrà procedere tempestivamente e nella modalità più riservata possibile con la fase istruttoria acquisendo, per tutti i motivi e gli argomenti sostenuti dal segnalante, adeguate informazioni e documentazione necessarie ad una

²⁶⁹ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, pp. 89 - 90.

conoscenza completa ed approfondita della vicenda. L'OdV dovrà effettuare tutte le indagini che si ritenessero necessarie. A questo proposito prima dell'avvio dell'indagine i componenti dell'OdV dovranno dichiarare eventuali conflitti di interesse che fossero per loro impedenti alla prosecuzione dell'indagine (sarebbe opportuno che il regolamento dell'OdV prevedesse questa tipologia di situazioni). L'OdV dovrà altresì valutare di coinvolgere altri organi di controllo nelle indagini e nelle verifiche a meno che ciò non pregiudichi i risultati dell'istruttoria;

- sulla base delle risultanze dell'indagine si provvederà a comunicare i risultati all'organo competente richiedendo eventualmente provvedimenti disciplinari, individuando procedure che permettano di prevenire le condotte oggetto della segnalazione a seguito dell'individuazione di *gap* significativi o che vadano ad integrare, sostituire o potenziare quelle già esistenti.

Le informazioni fornite all'Organismo gli consentiranno di migliorare la propria attività, ma non gli imporranno una puntuale verifica di tutti quelli che sono gli aspetti analizzati dalla reportistica in quanto all'OdV non competerà agire a seguito di ogni segnalazione, ma discrezionalmente quando lo riterrà opportuno.

Sull'Organismo, invece, graverà l'obbligo di realizzare un'informativa immediata nel caso in cui l'organismo apprenda o venga messo a conoscenza di violazioni che necessitino di un intervento dell'organo dirigente; l'OdV dovrà poi realizzare una informativa periodica²⁷⁰. Per quanto riguarda i flussi informativi periodici dall'Organismo di vigilanza si evidenzia in dottrina²⁷¹ che l'OdV dovrà provvedere ad una attività di *reporting* nei confronti principalmente dell'organo di gestione ed eventualmente nei confronti dell'organo di controllo. Si potrà distinguere tra flussi informativi volti a fornire meramente informazioni e flussi informativi propulsivi volti a fornire indicazioni e consigli in merito a determinate violazioni o manchevolezze del modello.

L'informativa periodica si concretizzerà nella comunicazione di un "piano dei lavori" che indicherà sommariamente tutte le attività che l'Organismo vorrà

²⁷⁰ In tal senso le Linee Guida ANIA (2009) p. 46; Linee Guida Assogestioni (2007) p. 5 -11; Linee Guida ABI (2010) pp. 43 - 35; Linee Guida Confindustria (2008) p. 39 come indicate in *nota 19* da DE NICOLA A. – ROTUNNO I., *I controlli interni ex-ante ed ex-post: il ruolo dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 1-2011, p. 130.

²⁷¹ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, pp. 91 - 95.

realizzare nell'anno e poi nella comunicazione consuntiva di un *report* trimestrale, semestrale od annuale nel quale si darà conto dell'attività posta in essere nell'esercizio (verifiche, controlli ed ispezioni) e dell'utilizzo del *budget*.

Il piano dei lavori permetterà di organizzare le attività da porre in essere nell'esercizio e, corredato dalla opportuna e conseguente documentazione, permetterà di dimostrare la continuità di azione dell'OdV e la non insufficiente vigilanza. Il piano dei lavori dovrà considerare in via non esaustiva:

- le risultanze delle attività dell'esercizio precedente e le indicazioni ricevute dai flussi informativi nonché le risultanze delle indagini compiute che permetteranno all'OdV di focalizzare sulle aree più a rischio;
- le eventuali modifiche normative ed organizzative per valutare se questo può comportare mutamenti nella definizione del rischio di commissione dei reati presupposto prevedendo in tal caso gli opportuni adeguamenti delle attività volte a verificare tale possibilità;
- il grado di priorità delle verifiche;
- la conformità o meno del *budget* di spesa in relazione alle attività programmate.

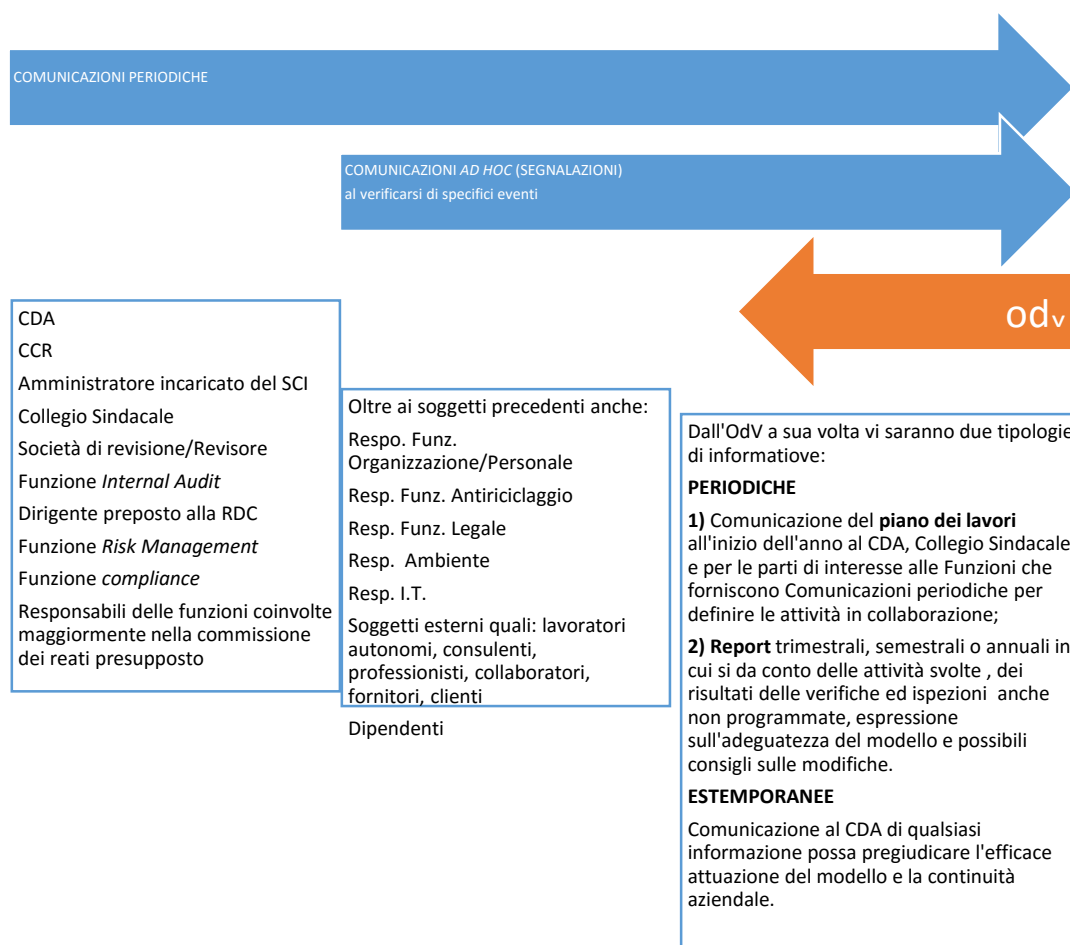
Il piano dei lavori²⁷² dovrà essere comunicato all'organo dirigente e all'organo di controllo ai fini del necessario coordinamento. L'organo di rigente non potrà modificare il piano, che non è soggetto alla sua approvazione, ma potrà comunque fare dei rilievi e delle osservazioni anche in merito alle verifiche o alla priorità o finalizzate all'evidenziazione di eventuali manchevolezze o sovrapposizioni o ad attività che l'organo ritenesse necessario aggiungere.

È di necessaria importanza che l'attività dell'OdV sia opportunamente documentata e che risulti da verbali datati²⁷³ e firmati da tutti i componenti, riuniti in un registro, se possibile vidimato, conservato, con la documentazione di supporto, presso la sede aziendale, con accesso limitato all'OdV e questo fondamentalmente per: a) realizzare un archivio storico completo ed ordinato delle attività realizzate dall'Organismo a futura memoria e per le future attività; b) avere elementi di prova della continuità di azione e della non omessa vigilanza dell'Organismo in carica; c)

²⁷² Per approfondimenti sul piano di lavoro si veda GHINI P. – FRUSCIONE L, La pianificazione dell'attività dell'OdV: scadenziario e piano di lavoro, In Rivista231, 1-2014, p. 297 - 300.

²⁷³ È bene che i verbali abbiano data certa che si potrà ottenere ad esempio attraverso la firma digitale del documento da parte dei componenti dell'OdV e o attraverso l'invio del verbale tra i componenti a mezzo PEC.

permettere il necessario passaggio di consegne ai componenti dell'Organismo di successiva costituzione (a tal proposito si sottolinea la necessità di realizzare un verbale di consegna nel quale si vada ad indicare tutto il materiale che viene consegnato per evitare che venga successivamente disperso e che questo comporti una imputazione di responsabilità nei confronti del Organismo in carica alla data in cui la documentazione sarebbe dovuta essere prodotta).



1.6.2 Relazioni con organi e funzioni sociali

Importante è focalizzare l'attenzione, seppur brevemente, per quanto concerne le società di capitali²⁷⁴, sui rapporti tra l'OdV ed alcuni organi e funzioni sociali interne e specificamente con l'organo amministrativo, il Collegio Sindacale e la Funzione *Internal Audit*, ove presente, per le possibili sovrapposizioni che si potrebbero creare nel caso in cui l'OdV non coincida con alcuno di questi soggetti²⁷⁵, infatti, il fenomeno della “proliferazione dei livelli di controllo, e dei soggetti che a tali controlli sono istituzionalmente preposti, porta con sé un notevole rischio di sovrapposizione di funzioni, di confusione di ruoli e di relative responsabilità”²⁷⁶. Come sottolineato dalla prassi “il controllo spettante all'OdV in merito al funzionamento del modello penal-preventivo (art. 6 co. 1, lett. b, d.lgs. n. 231/2001) può pertanto sovrapporsi sia al compito del consiglio di amministrazione di valutare l'adeguatezza degli assetti interni, sia al dovere del collegio sindacale di vigilare sull'adeguatezza degli assetti stessi. A sua volta, il compito di vigilare sull'effettività del modello - che si sostanzia nella verifica da parte dell'OdV della coerenza tra i comportamenti concreti e il modello istituito - presenta margini di confusione con l'attività dell'*Internal Audit*, in punto di controllo sulla conformità delle operazioni con le procedure interne”²⁷⁷.

Occorre in primo luogo precisare che l'OdV non è un organo sociale, ma un organo consultivo in una posizione di *staff* rispetto al CdA²⁷⁸, ed il suo compito è

²⁷⁴ Nelle società di persone il controllo sull'attività degli amministratori è rimesso in linea di principio ai soci non amministratori e a questi soltanto (artt. 2261 e 2320, comma 3 c.c.); nelle S.r.l. non necessariamente è presente l'organo di controllo al di fuori dei casi obbligatori definiti all'art. 2477, in tal caso il controllo è esercitato facoltativamente solo dal singolo socio che ha prerogative analoghe ai soci di società di persone ai sensi dell'art. 2476, comma 2. Solo dunque nelle S.r.l. quando l'organo è obbligatorio, nelle S.p.A. e nelle S.a.p.A. questo problema di coordinamento sussiste.

²⁷⁵ Non è possibile in questa sede approfondire l'argomento, ma in realtà numerose sono le interazioni dell'Organismo di vigilanza ed il sistema azienda, si pensi ad esempio anche all'ambito amministrativo-contabile, questo non è immune da sovrapposizioni, infatti, gli accertamenti svolti dall'OdV sul funzionamento e sull'osservanza del modello sono destinati a coincidere parzialmente, nell'ambito delle verifiche relative all'applicazione delle procedure amministrative e contabili, con il lavoro effettuato dal dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili (art. 154 - bis co. 5 del T.U.F.). Sovrapposizioni poi vi potrebbero essere con altri soggetti quali il comitato controllo e rischi, l'amministratore incaricato della verifica del sistema di controllo interno, la funzione *compliance* ed in generale con tutti gli attori che ai vari gradi dell'organizzazione aziendale si occupano di vigilanza e di controllo, senza contare quelle interazioni che vi potrebbero essere con ulteriori soggetti quali l'RSPP, il RPC, il responsabile Privacy ed il responsabile ambientale.

²⁷⁶ SCAFIDI A. – ANNOVAZZI S, *Il ruolo del Collegio Sindacale nell'ambito dei modelli organizzativi ex D. Lgs 231/2001 ed i suoi rapporti con l'Organismo di Vigilanza e Controllo (parte I)*, in *Rivista231*, 2-2007, p. 112.

²⁷⁷ GASPARRI G., *I controlli interni nelle società quotate*, CONSOB, Quaderni Giuridici, n.4, settembre 2013.

²⁷⁸ Viene più volte definito nella dottrina e nella prassi *ufficio d'impresa* (anche da GASPARRI G., *I controlli interni nelle società quotate*, CONSOB, Quaderni Giuridici, n.4, settembre 2013, p. 79) non intendendo però con

quello principalmente di vigilare sull'idoneità e sulla effettività del modello, per questo avrà poteri di carattere ispettivo, ma non poteri di intervento diretto di carattere decisorio, impeditivo o disciplinare.

Mentre è più semplice distinguere le competenze dell'OdV rispetto a quelle dell'organo dirigente, in particolare gli organi delegati²⁷⁹ (il secondo predispone il modello e ne cura l'aggiornamento, decide in merito all'opportunità o meno di sanzionare, il primo verifica che il modello, così come predisposto dall'organo dirigente, sia adeguato e sia osservato, fornendo allo stesso informazioni sulle violazioni ed eventuali consigli e osservazioni su gli eventuali adeguamenti necessari), nel caso dell'organo di controllo e della funzione *Internal Audit* non è così immediato definire i confini di competenza. Peraltro non è certo un aspetto di novità questa incertezza di competenze, come sottolineato in dottrina²⁸⁰ e nella prassi²⁸¹, anche a prescindere dalla presenza dell'OdV, che produce spesso “stress organizzativi ed operativi per l'intera società”²⁸². L'OdV si aggiunge quindi ad un “reticolo”²⁸³ di controlli ben poco delineati e spesso sovrapposti. Come in precedenza accennato l'attività dell'OdV si sovrapporrebbe a quella dell'organo di controllo per quanto concerne la vigilanza sull'adeguatezza e a quella dell'*Internal Auditing* per quanto concerne la verifica del funzionamento e della effettiva osservanza del modello e non è agevole realizzare una linea di demarcazione tra le attività spettanti ad uno piuttosto che all'altro soggetto.

Una soluzione unanime non può esservi. In alcuni casi la prassi di settore ha auspicato che, in un'ottica di coordinamento, fosse l'organo amministrativo a definire

tale locuzione l'appartenenza dell'Organismo alla struttura operativa, quanto intendendo l'appartenenza all'ente e, a differenza dell'organo di controllo, la mancanza di una posizione di garanzia nei confronti dei terzi.

²⁷⁹ In base a quanto stabilito da GASPARRI G., *I controlli interni nelle società quotate*, CONSOB, Quaderni Giuridici, n.4, settembre 2013, p. 83, in merito alla differenza tra l'attività di valutazione dei consiglieri non esecutivi e la vigilanza dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, la differenza tra la valutazione e la vigilanza sullo stesso sarebbe da valutare in primo luogo in relazione alla diversa finalità: nel primo caso la finalità è una valutazione in ottica strategica, finalizzata a definire se l'assetto è il migliore ed il più economico per stare sul mercato, nel secondo caso invece la vigilanza è orientata a profili di efficienza ed efficacia. Altra differenza si rilevarebbe nella periodicità dei controlli, mentre la valutazione viene effettuata periodicamente in base alle informazioni ricevute dagli organi delegati, la vigilanza sarebbe continua. Nel primo caso poi la valutazione è sulle informazioni ricevute, nel secondo la vigilanza è anche e soprattutto sul concreto funzionamento il che presuppone verifiche dirette.

²⁸⁰ MONTALENTI P., *Organismo di vigilanza 231 e ordinamento societario*, in BIANCHINI M. – DI NOIA C., *I controlli societari, molte regole nessun sistema*, Milano: Egea, 2010, pp. 85 - 104.

²⁸¹ GASPARRI G., *I controlli interni nelle società quotate*, CONSOB, Quaderni Giuridici, n.4, settembre 2013, p. 82.

²⁸² GASPARRI G., *I controlli interni nelle società quotate*, CONSOB, Quaderni Giuridici, n.4, settembre 2013, p. 82.

²⁸³ “Un reticolo e non un sistema” come afferma MONTALENTI P., *Organismo di vigilanza 231 e ordinamento societario*, in BIANCHINI M. – DI NOIA C., *I controlli societari, molte regole nessun sistema*, Milano: Egea, 2010, p. 88.

e formalizzare i collegamenti tra le varie funzioni cui sono attribuiti compiti di controllo²⁸⁴.

Per quanto concerne il rapporto tra Odv e Collegio Sindacale²⁸⁵ la dottrina²⁸⁶ ha sottolineato che entrambi devono realizzare la vigilanza sull'assetto organizzativo, ma mentre la vigilanza del collegio è generale, riguarda tutta l'organizzazione, è volta preservare la piena funzionalità ed efficienza della gestione nel suo complesso ed è una vigilanza di garanzia rispetto ai soci, ai creditori e agli *stakeholders*, la vigilanza sull'adeguatezza effettuata dall'OdV è una vigilanza effettuata in un'ottica penal preventiva, solamente sulle aree a rischio reato presupposto, rivolta ad evitare la commissione dei reati e non ha una rilevanza nei confronti dei terzi, ma è rivolta al *management*, è di supporto al *management* affinché questo possa realizzare una gestione volta alla conservazione del patrimonio sociale. È quindi una vigilanza a valenza interna e con un'area di competenza maggiormente circoscritta, essa rappresenta un sottoinsieme dell'altra. La differenza nell'attività dei due soggetti si rileva nel fatto che l'OdV è un organismo consuntivo e quindi a differenza del Collegio Sindacale, il quale ai sensi dell'art. 2429 c.c. realizza proposte solo in merito al bilancio e alla sua approvazione, realizza un'attività di stimolo e di impulso ai fini dell'aggiornamento dello stesso modello, ed è per questo che l'Organismo, a differenza dell'organo di controllo, ha il dovere di fare una verifica di merito, che si cali nella verifica dell'adeguatezza e funzionamento di tutti i protocolli, del sistema informativo e disciplinare, mentre l'organo di controllo, in base a come generalmente si intende il suo compito di vigilanza sull'organizzazione, principalmente verificherà l'adeguatezza dell'assetto organizzativo che consiste "nell'insieme delle direttive e procedure destinate a far sì che il potere decisionale sia assegnato ed esercitato ad un appropriato livello di competenza e responsabilità"²⁸⁷, verificherà quindi la conformità dell'organizzazione alla dimensione dell'impresa, la chiarezza dell'organigramma aziendale, che la direzione dell'azienda sia effettuata da chi effettivamente ha il potere, la conoscenza delle direttive aziendali, l'adeguata

²⁸⁴ Art. 17, comma 2, Regolamento ISVAP n. 20 del 26 marzo 2008.

²⁸⁵ Non si considereranno in questa sede le particolarità del rapporto che vi potrebbero essere con gli altri organi di controllo dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo.

²⁸⁶ CARDIA M., *Legge di stabilità 2012 e D.lgs. 231/2001: riflessioni sulla composizione dell'organismo di vigilanza*, in *Rivista231*, 1-2012, pp. 123 - 134; SCAFIDI A. – ANNOVAZZI S., *Il ruolo del Collegio Sindacale nell'ambito dei modelli organizzativi ex D. Lgs 231/2001 ed i suoi rapporti con l'Organismo di Vigilanza e Controllo (parte I)*, in *Rivista231*, 2-2007, pp. 109 - 119.

²⁸⁷ BOMPIANI A. *Sindaco e revisore di società. La revisione legale dei conti nel diritto societario*, Milano: Ipsoa, Wolters Kluwer, 2014, p. 176.

competenza del personale, la chiara definizione delle deleghe e che l'operato societario rispetti la legge e lo statuto, sicuramente anche la legge penale, ma questo è solo un aspetto del vaglio del Collegio. Come già accennato il collegio si limiterà ad evidenziare le debolezze senza poter fare consulenza all'organo amministrativo, però, a differenza dell'OdV, ha forti poteri d'intervento anche nella prevenzione degli illeciti, come ad esempio, potere d'impugnazione delle delibere (ex artt. 2388 e 2391 c.c.), di proporre l'azione di responsabilità (ex art. 2393 c.c.), di convocazione dell'assemblea (ex artt. 2386, 2406 c.c.), di compiere gli atti di ordinaria amministrazione (art. 2386 c.c.), di indagine su fatti censurabili degli amministratori (art. 2408 c.c.), di denuncia al tribunale di fatti censurabili ed irregolarità amministrative (art. 2409 c.c.) e questo proprio per la differente natura e garanzia della vigilanza realizzata. All'OdV non compete quindi un contrasto attivo alla commissione o al perpetrarsi della commissione dei reati, bensì un obbligo di rapporto all'organo direttivo su violazioni anomalie o consigli per l'aggiornamento, perché l'OdV non è solidalmente responsabile per *culpa in vigilando* nei confronti dei soci, dei creditori o di singoli soci o terzi con gli amministratori qualora per fatti od omissioni dell'operato si produca un danno che non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica, così come avviene per il Collegio Sindacale²⁸⁸, il quale ricopre una posizione di garanzia ed è quindi passibile di responsabilità contrattuale, extracontrattuale e penale.

	Collegio Sindacale	OdV
Natura	Organo sociale in posizione di totale autonomia che si affianca all'organo gestionale e all'assemblea dei soci con funzione di garanzia verso i soci, i creditori e i terzi	Organismo dell'ente in posizione di <i>staff</i> rispetto all'organo dirigente con funzione ispettiva e consultiva.
Responsabilità	Civile contrattuale, extracontrattuale e penale, in quanto organo di garanzia, per <i>culpa in vigilando</i> .	Civile contrattuale.
Interfaccia	La relazione ex art. 2429 c.c. è rivolta all'assemblea dei soci.	I <i>report</i> sono indirizzati all'organo dirigente.
Dovere di vigilanza	Dovere di vigilanza sul rispetto della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione	Dovere di vigilanza (e di ispezione), sull'adeguatezza, funzionamento e aggiornamento del modello.

²⁸⁸ Per approfondimenti sulla responsabilità dell'OdV si veda il paragrafo 2 di questo capitolo.

	e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile (art. 2403, comma 1 c.c.).	
Potere di consulenza	Non ha potere di consulenza, ma, ai sensi dell'art. 2429 c.c., realizza proposte solo in merito al bilancio e alla sua approvazione.	Realizza un'attività di stimolo e di impulso ai fini dell'aggiornamento dello stesso modello, ed è per questo che l'Organismo, a differenza dell'organo di controllo, ha il dovere di fare una verifica di merito, che si cali nella verifica dell'adeguatezza e funzionamento di tutti i protocolli, del sistema informativo e disciplinare.
Potere di intervento	Ha potere di intervento in varie fasi della vita sociale ad esempio: potere d'impugnazione delle delibere (ex artt. 2388 e 2391 c.c.), potere di poter proporre l'azione di responsabilità (ex art. 2393 c.c.), potere di convocazione dell'assemblea (ex artt. 2386, 2406 c.c.), di compiere gli atti di ordinaria amministrazione (art. 2386 c.c.), di indagine su fatti censurabili degli amministratori (art. 2408 c.c.), di denuncia al tribunale di fatti censurabili ed irregolarità amministrative (art. 2409 c.c.) e questo proprio per la differente natura e garanzia della vigilanza realizzata	Non ha potere di intervento.
Oggetto della vigilanza	la vigilanza del collegio è generale, riguarda tutta l'organizzazione, è volta preservare la piena funzionalità ed efficienza della gestione nel suo complesso ed è una vigilanza di garanzia rispetto ai soci, ai creditori e agli <i>stakeholders</i> .	La vigilanza sull'adeguatezza effettuata dall'OdV è una vigilanza effettuata in un'ottica penal preventiva, solamente sulle aree a rischio reato presupposto, rivolta ad evitare la commissione dei reati e non ha una rilevanza nei confronti dei terzi, ma è rivolta al <i>management</i> , è di supporto al <i>management</i> affinché questo possa realizzare una gestione volta alla conservazione del patrimonio sociale. È quindi una vigilanza a

		valenza interna e con un'area di competenza maggiormente circoscritta, essa rappresenta un sottoinsieme dell'altra.
Interessi tutelati	La valutazione del collegio Sindacale è volta a preservare la piena funzionalità ed efficienza della gestione d'impresa, in una logica tipicamente produttivistica, e dunque tutela l'aspettativa reddituale dei soci e gli interessi degli <i>stakeholders</i> .	Lo scopo della vigilanza è più specifico in quanto tutela l'interesse dell'ente. La vigilanza è sempre riconducibile alla conformità legislativa, ma in questo caso è volta al particolare risultato di scongiurare gli effetti negativi per l'ente derivanti dall'accertamento della responsabilità.

Posta la necessità di coordinare le due attività di vigilanza, autorevole dottrina²⁸⁹ sostiene che il collegio non potrà comunque totalmente disinteressarsi della vigilanza sull'adeguatezza del modello in quanto il collegio realizza il più alto livello di vigilanza ed è impossibile estrapolare del tutto la vigilanza sul modello dalla più ampia vigilanza sull'organizzazione della società, attività a cui è preposto *ex lege*, e l'assunto ha la conseguenza di attribuire al collegio una seppur minima competenza nell'accertamento della dell'adeguatezza del modello anche a fronte di una sua eventuale corresponsabilità nei confronti dei terzi danneggiati dall'eventuale accertamento di responsabilità in capo alla società. A questo fine, posto che ciascuna realtà troverà l'adeguato equilibrio tra le attribuzioni del collegio e quelle dell'Organismo, potrebbero essere individuate queste come attività del collegio in merito al modello: a) valutare il piano di lavoro ed i rapporti consuntivi che l'Organismo predispone periodicamente all'organo amministrativo ed esprimersi sulle eventuali criticità emerse nello stesso, eventualmente indagando per proprio conto qualora lo ritenesse opportuno; b) convocare in qualsiasi momento l'Organismo ove se ne ravvisi la necessità; c) rendersi depositario anch'esso delle segnalazioni *ad hoc*; d) partecipare agli incontri ed ispezioni di maggior importanza realizzate dall'Organismo redigendo un verbale apposito; d) prevedere protocolli

²⁸⁹ SCAFIDI A. – ANNOVAZZI S, *Il ruolo del Collegio Sindacale nell'ambito dei modelli organizzativi ex D. Lgs 231/2001 ed i suoi rapporti con l'Organismo di Vigilanza e Controllo (parte I)*, in *Rivista231*, 2-2007, p. 118.

d'informazione nei suoi confronti relativamente all'attività svolta dall'Organismo; e) mantenere il dialogo con i responsabili delle singole funzioni e con l'*Internal Audit* sulle attività sensibili.

Per quanto concerne i rapporti con la funzione *Internal Audit*, funzione volta principalmente al miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia dell'organizzazione attraverso il miglioramento dei processi di analisi, valutazione, gestione e controllo dei rischi e della funzionalità dei processi di controllo, principalmente presente nelle società quotate o in quelle che aderiscono al codice di Autodisciplina pubblicato da Borsa Italiana S.p.A.²⁹⁰, non è facile pervenire ad una seppur accennata differenziazione dei ruoli dei due soggetti a causa del fatto che tale funzione è del tutto facoltativa e non regolamentata dalla legge. Secondo parte della dottrina²⁹¹ la distinzione dei ruoli dei soggetti si realizzerebbe sulla base della distinzione tra attività di vigilanza ed attività di controllo. La funzione *Internal Audit* svolgerebbe tipicamente una funzione di controllo di terzo livello ossia un controllo generale sul sistema di controlli interni dell'azienda. Il termine controllo evoca un contatto diretto e ravvicinato con le fonti di rischio cui sono preordinate le singole procedure e comporta una attività di ispezione molto marcata e pervasiva. La vigilanza, per contro, è attività di sorveglianza generale ed indiretta volta all'armonizzazione ed alla verifica del rispetto delle varie procedure di controllo, vi è pertanto un contatto mediato ed indiretto con le fonti di rischio. Le competenze proprie dell'Organismo di vigilanza sarebbero dunque di "supervisione sintetica" sulle procedure, che si realizzerebbe mediante operazioni ispettive di *routine* o a sorpresa, mediante la ricezione di notizie, di segnalazioni di anomalie o di violazioni e attraverso l'analisi della documentazione ritenuta utile o necessaria, per ottenere una valutazione indipendente del modello di organizzazione e gestione. Anche in questo caso la vigilanza che realizza l'Organismo si svolgerà solo su una parte dell'universo osservato dalla funzione *Internal Audit* che invece riguarda l'azienda nella sua integralità. Si può quindi concludere che "l'*Internal Audit* potrà assumere un ruolo di "cerniera" tra Organismo di Vigilanza, gli organi di controllo ed il Consiglio di Amministrazione"²⁹². Sarà allora necessario che, stante la loro differente natura,

²⁹⁰ COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di Autodisciplina*, luglio 2014.

²⁹¹ BOSSI D.– BORTOLOTTI M., Vigilanza e controllo: i ruoli dell'Organismo di Vigilanza e dell'*Internal Auditing*, in *Rivista231*, 1-2013, p. 109.

²⁹² BOSSI D.– BORTOLOTTI M., Vigilanza e controllo: i ruoli dell'Organismo di Vigilanza e dell'*Internal Auditing*, in *Rivista231*, 1-2013, p. 113.

l'Organismo di vigilanza e la funzione *Internal Audit* si coordinino, per le aree di vigilanza e controllo comuni, in relazione alle attività di ispezione e verifica, per non creare una situazione di *stress* organizzativo, realizzando una riflessione di ampio respiro che coinvolga tutte le funzioni di controllo e vigilanza e che miri alla efficacia ed anche all'efficienza delle loro attività minimizzando le zone grigie relative alle rispettive competenze.

2 LA RESPONSABILITÀ DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

Come autorevole dottrina²⁹³ sottolinea il testo di legge non tratta l'argomento della responsabilità dell'Organismo di vigilanza, o per meglio dire dei suoi componenti, nei casi in cui, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001, vi sia omessa o insufficiente vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello e/o non ne venga curato o venga curato insufficientemente il suo aggiornamento. Tali compiti infatti rappresentano il nucleo primario dell'attività dell'Organismo e di conseguenza rappresentano per esso un dovere, così come dovrebbe rappresentare un dovere l'agire informato ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. d) il quale indica l'obbligo di prevedere nel modello opportuni flussi informativi (e dunque sotto intende il dovere per l'Organismo di pretenderli e servirsene per la sua attività). Risulta a questo punto doveroso accennare alle responsabilità penale e civile che possono essere imputate ai membri dell'Organismo di vigilanza.

2.1 Responsabilità penale

La fonte della responsabilità penale per i componenti dell'OdV “potrebbe essere individuata nell'art. 40, comma 2, del Codice penale e, dunque, nel principio in base al quale “non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”. Pertanto l'Organismo di vigilanza potrebbe risultare punibile a titolo di concorso omissivo nei reati commessi dall'ente, a seguito di mancato esercizio del potere di vigilanza e controllo sull'attuazione di Modelli organizzativi allo stesso attribuito”²⁹⁴. In realtà la giurisprudenza maggioritaria ritiene che tale

²⁹³ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 136.

²⁹⁴ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, Aggiornate al marzo 2014, p. 70.

responsabilità non possa configurarsi per i componenti dell'OdV in quanto tale posizione di garanzia graverebbe solo "su specifiche categorie predeterminate di soggetti previamente forniti degli adeguati poteri di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela (...) suo carattere distintivo rispetto ad altri obblighi di agire è la titolarità, in testa al garante, di un obbligo di impedire l'evento scaturente da un potere impeditivo, il cui mancato esercizio conduce alla equiparazione della omissione non impeditiva all'azione causale (...) obbligo giuridico gravante su specifiche categorie di soggetti (i c.d. garanti) forniti dei necessari poteri giuridici di vigilanza ed intervento direttamente incidenti sulla situazione di pericolo, al fine di impedire eventi lesivi di beni altrui"²⁹⁵. Fondamentale quindi è la previsione di un obbligo giuridico di garanzia che deve però essere corredato da appositi poteri di intervento ed impeditivi nei confronti delle condotte illecite sui beni giuridici attribuiti alla loro tutela. Come afferma sempre la Corte di Cassazione fondamentale è distinguere se si tratta di una posizione di garanzia "oppure di un mero obbligo di sorveglianza, la cui inosservanza possa rilevare unicamente ai fini di una fattispecie omissiva propria, ove possa essere direttamente ricondotta ad una previsione legislativa di parte speciale ..., o, altrimenti, debba considerarsi priva di qualunque rilievo penale. Essenziale, al fine di delimitare il confine tra obbligo di garanzia e di sorveglianza è il riferimento agli effettivi poteri-doveri impeditivi giuridicamente conferiti all'obbligato sull'atto costituente reato. E, cioè, occorrerà distinguere a seconda che si tratti di poteri-doveri realmente 'impeditivi', direttamente incidenti sull'attività del terzo, autore del reato, oppure di poteri-doveri che, pur finalizzati all'impedimento del reato, non prevedano l'intervento diretto dell'obbligato sull'atto che lo integra, ma, più limitatamente, l'informazione del garante o del titolare del bene sull'attività illecita del terzo"²⁹⁶. In questo senso quindi si può affermare che l'Organismo non ricopra una posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40, comma 2, in quanto non è sicuramente provvisto dei necessari poteri impeditivi individuati dalla Cassazione, "questa mancata previsione di poteri impeditivi in capo all'OdV (che l'ordinamento assegna invece specificamente ad altri soggetti come sindaci, amministratori, datori di lavoro, ecc.) che costituisce un ostacolo alla configurazione

²⁹⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 22614.

²⁹⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 22614.

di una responsabilità penale dei componenti dell'organismo²⁹⁷: essi risponderebbero di reati che non hanno commesso né erano in grado di impedire"²⁹⁸.

Del resto nemmeno a seguito dell'introduzione dell'art. 52 del d.lgs. n. 231/2007 "sembra possibile fondare in capo ai membri dell'OdV un dovere di prevenzione di possibili reati da parte dei soggetti apicali o dei loro sottoposti"²⁹⁹. La stessa introduzione del Legislatore dell'art. 52, avendo delle ripercussioni penali specifiche nei confronti dei componenti dell'Organismo di vigilanza in caso di omissione delle comunicazioni, ha poi sottolineato l'aspetto che nei casi in cui il Legislatore ha voluto prevedere una responsabilità penale dell'Organismo lo ha fatto specificamente.

Al di fuori di quest'ultima ipotesi la dottrina ritiene che i componenti dell'Organismo potranno essere penalmente responsabili solo in caso "concorso doloso, attivo od omissivo, nei reati presupposto commessi dalle funzioni apicali o dai loro sottoposti. Rimane naturalmente ipotizzabile l'ipotesi di favoreggiamento ex art. 378 c.p."³⁰⁰.

2.2 Responsabilità civile

Per quanto concerne la responsabilità³⁰¹ civile come è noto questa si distingue in due tipologie: responsabilità extracontrattuale (detta anche aquilana) e responsabilità contrattuale. Per quanto concerne la responsabilità extracontrattuale, che si riferisce ad un danno ingiusto provocato a terzi, si ritiene che sia difficilmente configurabile in capo ai componenti dell'OdV, tranne nel caso in cui l'OdV coincida con un organo sociale ai sensi dell'art. 6 commi 4 e 4 - *bis* del d.lgs. n. 231/2001, e ciò perché l'OdV non rappresenta un organo, ma un ufficio interno dell'ente, in capo

²⁹⁷ *Contra* in parte VIGNOLI F., *Profili critici della responsabilità penale dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 2-2009, pp. 97 - 100 e *contra* in caso di reati colposi ANTONETTO L., *Il regime del rapporto e della responsabilità dei membri dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 1-2008, p. 83. Posizione contraria all'ipotesi di responsabilità dell'OdV in caso di reati colposi SANTORIELLO C., *Qual'è la posizione dei componenti dell'OdV rispetto agli infortuni sul lavoro e le malattie professionali?* in *Rivista231*, 2-2015, pp. 71 - 77.

²⁹⁸ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 139.

²⁹⁹ *Ivi*, p. 138.

³⁰⁰ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 140.

³⁰¹ Per approfondimenti sulle considerazioni che seguono si vedano BAUDINO A. – SANTORIELLO C., *La responsabilità dei componenti dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 2-2009, p. 59 -96; BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Cedam, Wolters Kluwer, 2012, pp. 89 - 122 e DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, pp. 141 - 146.

al quale non si può neanche individuare una posizione di garanzia, ma esclusivamente una funzione di vigilanza interna, non avendo questo alcun potere impeditivo di prevenzione o di intervento diretto né sanzionatorio. Difficile sarà dunque riconoscere in capo ad i membri dell'OdV la responsabilità aquilana, anche solo concorrente, e dunque giustificare in capo ai terzi una pretesa risarcitoria nei loro confronti³⁰².

Altro aspetto è invece quello della responsabilità civile contrattuale verso l'ente sicuramente configurabile in capo ai componenti dell'OdV. Con l'atto di nomina e la relativa accettazione da parte dei componenti si instaura un rapporto di tipo contrattuale tra i singoli componenti e l'ente, conseguentemente l'inesatto adempimento, potrà comportare conseguenze di tipo esclusivamente contrattuale quali lo scioglimento dell'organo e/o la revoca di alcuni componenti, nonché il risarcimento del danno.

La fonte dell'obbligazione raffigurabile in capo all'OdV è sicuramente *in primis* la legge e specificamente i doveri individuati dall'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001. Ad interpretazione ed integrazione dei precetti legislativi ci sarà poi quanto stabilito nel modello di organizzazione e gestione in quanto ci dovrà essere “conformità del comportamento posto in essere da ciascun componente dell'OdV ai criteri di corretta gestione aziendale espressi dal modello stesso”³⁰³ che con l'accettazione della nomina il componente si è impegnato a rispettare ed attuare; infine, ulteriore fonte di obbligazione potrà essere la lettera d'incarico, per questo “la responsabilità dell'OdV dovrà quindi essere valutata in relazione al caso concreto, e affermata solo in presenza di una violazione delle descritte obbligazioni ex lege - così come declinate dai contenuti normativi ed imperativi di ciascun modello- ed allorché sia provato che il reato presupposto sia la conseguenza immediata e diretta di tale adempimento”³⁰⁴.

L'OdV sarà chiamato a svolgere le sue funzioni con una diligenza cd. professionale di cui all'art. 1176 c.c., ossia una diligenza qualificata da valutarsi in relazione alla natura dell'attività esercitata ed alle prassi eventualmente individuate nel Modello, infatti, “la comminazione di sanzioni pecuniarie e/o interdittive alla società a seguito della commissione di un reato presupposto non costituisce elemento

³⁰² Contra ANTONETTO L., *Il regime del rapporto e della responsabilità dei membri dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista* 231, 1-2008, p. 83.

³⁰³ BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Cedam, Wolters Kluwer, 2012, p. 90.

³⁰⁴ Ivi, pp. 105 - 106.

da solo sufficiente per attribuire responsabilità ai componenti dell'OdV se essi hanno svolto il proprio compito secondo i canoni della diligenza professionale segnalando all'organo dirigente le manchevolezze della struttura del Modello o della sua attuazione di cui fossero in grado di rendersi conto attraverso un corretto svolgimento dell'attività di vigilanza³⁰⁵. La diligenza professionale sarà allora il metro per valutare la correttezza o meno dell'adempimento e sarà definita in base alla natura dell'attività svolta dall'ente "richiedendo, dunque, per ciò stesso, il rispetto e la conoscenza di una serie di protocolli, prassi comportamentali e tecniche peculiari, dall'altro lato, essere rapportata alle concrete caratteristiche nonché alle attività dell'ente così come alla complessità della struttura aziendale nelle sue articolazioni; sicché la valutazione del corretto adempimento delle funzioni assegnate all'OdV dovrà essere condotta e modulata caso per caso, azienda per azienda, funzione per funzione"³⁰⁶.

Aspetti ancora da sottolineare sono la natura dell'obbligazione, l'onere della prova, il danno risarcibile e la prescrizione. Per quanto riguarda il primo aspetto si ritiene che l'obbligazione individuabile in capo ai componenti dell'OdV sia un'obbligazione di mezzi e non di risultato, questo comporta, dal punto di vista dell'onere della prova che "ai sensi degli artt. 1176 e 1218 c.c. nelle obbligazioni di mezzi, quando la prestazione del debitore non è mancata, grava sul creditore l'onere di allegare (e provare), mediante eccezione in senso proprio ... la condotta colposa del debitore per la violazione dell'obbligo di diligenza, con la specificazione di quei profili di inadeguatezza della prestazione resa"³⁰⁷. La conseguenza è che, quindi, qualora la prestazione del debitore non sia mancata, dovrà il creditore dimostrare la negligente ed inadeguata esecuzione delle prestazioni³⁰⁸, il danno patrimoniale concretamente subito dall'ente oltre al nesso eziologico tra il danno e l'inadempimento. Qualora ciò sia provato, sarà allora onere del debitore dimostrare o l'avvenuto adempimento ovvero che l'inadempimento è dovuto a causa a lui non imputabile e quindi di essere esente da colpa. In dottrina³⁰⁹ si sostiene a questo

³⁰⁵ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, pp. 142 -143.

³⁰⁶ BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Cedam, Wolters Kluwer, 2012, p. 109.

³⁰⁷ Cass. 4 dicembre 1990, n. 11652.

³⁰⁸ Per esempi di negligenza si veda RABITTI M., *Modelli organizzativi e responsabilità degli enti: l'incerta figura dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 3-2010, p. 34.

³⁰⁹ BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Cedam, Wolters Kluwer, 2012, p. 110.

proposito che l'attività del componente dell'OdV possa qualificarsi come prestazione d'opera intellettuale³¹⁰ implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà ed in questo senso si dovrebbe poter applicare l'art. 2236 c.c. che limita ai soli casi di dolo e colpa grave la responsabilità c.d. professionale.

Con riferimento al danno risarcibile, ai sensi degli artt. 1223 e 1225 c.c., potrà essere risarcito il danno emergente ed il lucro cessante, ma solo nella determinazione che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione e come conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento; generalmente quindi potrà essere richiesto il valore delle sanzioni comminate e delle spese processuali sostenute. La dottrina³¹¹ ritiene poi possibile per i componenti dell'OdV invocare il principio contenuto nell'art. 1227 c.c. per il quale il concorso colposo del creditore nel danno cagionato comporta una riduzione del risarcimento in relazione alla gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate e che prevede che il risarcimento non sia dovuto nel caso in cui una diligente condotta del creditore avrebbe potuto evitare il danno, "ciò significa che anche in caso di violazione dell'obbligo di diligenza da parte dell'OdV, se la società non ha attuato un Modello adeguato, né rilevato i suoi difetti attraverso l'opera dell'organo dirigente, le funzioni da esso dipendenti o l'organo di controllo come sarebbe suo dovere e sua prerogativa, l'OdV potrà invocare il concorso di colpa. Tale concorso sarà eccepibile anche nel caso in cui, dopo l'inizio dell'azione penale e prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, la società non abbia, come prevedono gli artt. 12 e 17 del d.lgs. n. 231/2001, risarcito integralmente il danno o eliminato le conseguenze dannose del reato e adottato un modello idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi"³¹².

Per ultimo, spetta all'ente che ha nominato i componenti dell'OdV³¹³ la titolarità dell'azione verso di loro, infatti, trattandosi, come l'attuazione del modello, di scelta di gestione, questa dovrà essere presa dall'organo gestorio entro il termine di prescrizione di dieci anni.

³¹⁰ Sebbene in questo caso la fonte dell'obbligazione sia non un atto negoziale, ma la legge.

³¹¹ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 145.

³¹² DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 146.

³¹³ RABITTI M., *Modelli organizzativi e responsabilità degli enti: l'incerta figura dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 3-2010, p. 35.

CAPITOLO III

LA COMPOSIZIONE DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

1. Indagine in dottrina, prassi e giurisprudenza relativamente alla composizione dell'odv - 1.1 Requisiti dei componenti - 1.1.1 Requisito di autonomia, indipendenza ed onorabilità - 1.1.2 Requisito della professionalità - 1.1.3 Requisito della continuità di azione - 1.2 Problematiche relative alla composizione dell'Organismo di vigilanza - 1.2.1 Organo di controllo come OdV - 1.2.2 Organo di gestione come OdV - 1.2.3 Comitato controllo e rischi (CCR) ed OdV - 1.2.4 *Internal Audit, Compliance Officer* ed OdV - 1.2.5 OdV e posizioni specifiche in giurisprudenza - 1.2.6 Gruppi societari ed OdV - 1.2.7. OdV come persona giuridica - 1.2.8 Organismo di vigilanza e PNA - 1.2.9 Odv costituito *ad hoc* - 2. I risultati delle più importanti indagini sulla composizione dell'odv nell'ultimo decennio - 2.1 AIIA 2006 - 2.1.1 Adozione del modello - 2.1.2 Caratteristiche dell'Organismo di vigilanza - 2.2 AIIA/Confindustria 2007 - 2.2.1. Adozione del modello - 2.2.2 Caratteristiche dell'Organismo di vigilanza - 2.3 Assonime 2008 - 2.3.1 Adozione del modello - 2.3.2 Caratteristiche dell'Organismo di vigilanza - 2.4 AODV 2008 - 2.5 PWC 2009 - 2.5.1 Adozione del modello - 2.5.2 Caratteristiche dell'Organismo di vigilanza - 2.6 Compliance aziendale/Gruppo ODV/Ernst & Young 2010 - 2.6.1 Caratteristiche del modello - 2.7 PWC 2014 - 2.7.1 Adozione del modello - 2.7.2 Caratteristiche dell'Organismo di vigilanza - 2.8 Schema di sintesi dei risultati - 3 I risultati della ricerca empirica fatta su gli associati di A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie - 3.1 Questionario sottoposto - 3.2 Risultati

1 INDAGINE IN DOTTRINA, PRASSI E GIURISPRUDENZA RELATIVAMENTE ALLA COMPOSIZIONE DELL'ODV

Come sottolineato in una importante sentenza: “la composizione dell’Organismo di Vigilanza è essenziale perché lo stesso Modello possa ritenersi *efficacemente attuato*”³¹⁴. L’Organismo di vigilanza è uno degli aspetti più importanti e delicati della normativa sulla responsabilità amministrativa degli enti. Il decreto, come è noto, nulla dice sulle caratteristiche dei soggetti che possono o dovrebbero essere nominati componenti dell’OdV. Per quanto la legge non si esprima, è ovvio che, essendo l’Organismo un organo deputato alla vigilanza, questo, per garantire l’imparzialità, l’attendibilità e l’effettività della vigilanza, debba garantire certi requisiti fondamentali che sono trasversali a tutti i soggetti che si occupano di vigilanza e di controllo, requisiti che sono stati individuati dalle linee guida di Confindustria ed esposti approfonditamente nel paragrafo che segue. Meno ovvio, ma nonostante tutto altrettanto importante, è il fatto che la qualità delle scelte compiute in sede di composizione potrebbero essere, in caso di imputazione all’ente

³¹⁴ Corte di Assise di Appello di Torino, 28 febbraio 2013, n. 6.

della responsabilità amministrativa, poste al vaglio della magistratura che anche su tali scelte fonderà il suo giudizio di adeguatezza del modello di organizzazione e gestione, di qui l'importanza di approfondire il tema.

Questa lacunosità, secondo le linee guida di Confindustria³¹⁵, permette in prima istanza di optare sia per una composizione mono soggettiva che plurisoggettiva. In tale ultimo caso possono essere chiamati a comporre l'OdV sia soggetti interni che soggetti esterni all'ente purché dotati dei requisiti individuati al paragrafo 1.1 del presente capitolo e l'esercizio dei poteri potrà essere deciso nel regolamento come disgiunto, congiunto o misto. La scelta delle figure che andranno a comporre l'Organismo deve quindi avere come obiettivo principale la realizzazione di effettivi ed efficaci controlli circa l'idoneità e l'adeguatezza del modello e dunque, come si può desumere dall'art. 7, anche la composizione dell'Organismo dovrà essere calibrata in base alla dimensione dell'impresa (numero di commesse, numero di sedi, numero di dipendenti, dislocazione geografica), al tipo di attività svolta (da valutare il numero dei processi sensibili ed i profili di rischio reato, se sono o non sono rilevanti e/o differenziati) e alla complessità organizzativa dell'ente (numero di interlocutori e frammentazione della gestione e/o del controllo).

Sempre nelle linee guida di Confindustria si evidenzia che se si parla di piccola impresa già lo stesso comma 4 dell'art. 6 prevede che la funzione di vigilanza possa essere assolta dall'organo dirigente e, se l'ente non intende avvalersi di tale facoltà, potrà sempre, vista l'onerosità dell'Organismo, scegliere un Organismo monocratico³¹⁶, con specifiche competenze di *Risk Management* ed *Audit* (ad esempio, anche se raramente, se sono presenti in azienda il responsabile di una delle funzioni di controllo come la funzione *compliance* o *Internal Audit*) che, per particolari valutazioni ed ispezioni tecniche, potrà avvalersi di consulenti tecnici esterni esperti nelle varie categorie di professionalità, tenendo conto che l'avvalersene non comporta per l'Organismo esonero da responsabilità. A proposito di tale aspetto, soprattutto qualora l'Organismo coincida con l'organo dirigente, in ottica probativa, si sottolinea l'esigenza di verbalizzare ciascun intervento, anche a fronte della possibile coincidenza, in capo all'organo dirigente, di ulteriori compiti

³¹⁵ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, aggiornate al marzo 2014, pp. 55 - 56 e pp. 82 - 83.

³¹⁶ Si rammenta che la realizzazione di un Organismo monocratico debba essere ben ponderata anche alla luce dell'ordinanza del Tribunale di Parma del 26 maggio 2015.

quali ad esempio la realizzazione di tutte le attività necessarie ai fini della prevenzione e protezione relative alla tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro³¹⁷. Nelle imprese di medie - grandi dimensioni è comunque consigliabile una composizione collegiale³¹⁸.

Il decreto poi prevede la possibilità che l'Organismo deputato alla vigilanza coincida, nelle società di capitali, con il collegio sindacale o comunque con l'organo di controllo, anche in questo caso però dovranno risultare rispettati i requisiti individuati al paragrafo 1.1 di questo capitolo soprattutto tenendo conto dei rapporti infragruppo.

L'estensione dell'applicazione del decreto anche ai reati colposi in materia di sicurezza sul lavoro e tutela dell'ambiente ha posto delle problematiche circa la interpretazione delle eventuali sovrapposizioni che vi potrebbero essere tra i compiti di controllo dell'OdV e quelli dei soggetti responsabili dei controlli in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e di tutela dell'ambiente. Le linee guida di Confindustria, a questo proposito, sanciscono che le funzioni debbono ritenersi del tutto autonome e che quindi non è ravvisabile una sovrapposizione di compiti di controllo.

Dunque ciò che ad oggi è pacifico è che l'Organismo di vigilanza debba essere composto in relazione alla dimensione dell'impresa, alla complessità dell'organizzazione e alla rischiosità dell'attività svolta; che possa essere mono soggettivo o collegiale; che debba avere almeno i requisiti individuati dalle linee guida di Confindustria (autonomia, indipendenza, professionalità e continuità di azione) e che negli enti di piccole dimensioni possa coincidere con l'organo dirigente mentre nelle società di capitali possa coincidere con l'organo di controllo.

Nel proseguo del lavoro verranno espresse le posizioni della dottrina, della prassi (in particolar modo la posizione di Confindustria che, per sua natura, nel panorama imprenditoriale italiano rappresenta una realtà meno settoriale e presenta, in proporzione alle altre associazioni, il maggior numero di associati, con evidenza delle linee guida che di volta in volta se ne discostano più vistosamente) e della giurisprudenza ad oggi disponibile sull'argomento circa i requisiti dei componenti dell'Organismo e relativamente alle possibili configurazioni della sua composizione.

³¹⁷ Art. 34, d.lgs. n. 81/2008.

³¹⁸ G.i.p., Tribunale di Roma, ordinanza 4 aprile 2003.

Nell'ultima parte verranno analizzati i risultati delle ricerche più importanti che hanno affrontato il tema della composizione e verranno esposti i risultati della indagine empirica fatta con la preziosa collaborazione dell'Associazione *A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie* che opera nei territori di Milano, Monza, Lodi, Pavia, Bergamo e Cremona.

1.1 Requisiti dei componenti

Il profilo sul quale è opportuno soffermarsi è quello dei requisiti che i componenti dell'OdV devono avere per essere nominati affinché l'organismo sia opportunamente costituito ai fini esimenti. A tal fine le linee guida di Confindustria, facendo propri i principi espressi nelle pronunce di merito e di legittimità, individuano quattro requisiti fondamentali: autonomia, indipendenza, professionalità e continuità di azione. Questi requisiti, ai fini dell'efficacia del modello, devono essere verificati “sia sotto il profilo formale che sostanziale: in altri termini, deve risultare formalmente dal modello e deve risultare *de facto* avendo riguardo all'operatività dell'Organismo di Vigilanza”³¹⁹. A questo proposito prassi, dottrina e giurisprudenza non sono concordi nel definire se tali requisiti debbano essere posseduti da ciascun componente ovvero li debba possedere l'Organismo nel suo complesso.

1.1.1 Requisito di autonomia, indipendenza ed onorabilità

Per quanto concerne i requisiti di autonomia ed indipendenza l'art. 6, comma 1, lett. b) evidenzia esplicitamente soltanto il requisito di autonomia stabilendo che il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli, nonché di curarne il loro aggiornamento, sia affidato ad un Organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo. Autonomia significa dunque “libertà di

³¹⁹ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 27.

azione e di autodeterminazione”³²⁰, si tratta di “una vera e propria autonomia decisionale che ciascun componente deve possedere e che si esplicita nelle determinazioni che l’organismo di vigilanza potrà assumere nell’esercizio dei poteri che gli sono propri, di natura ispettiva e di vigilanza, caratterizzati da elevato grado di discrezionalità tecnica”³²¹. Le linee guida di Confindustria³²² stabiliscono che la posizione dell’OdV nell’ambito dell’ente deve garantire all’Organismo l’autonomia delle operazioni di controllo, anche non programmate ed “anche nei confronti dell’organo dirigente e di tutto il *management* aziendale”³²³. L’agire dell’OdV dovrà essere garantito da ogni tipo di interferenza o condizionamento da parte di chiunque, compreso l’organo dirigente, in quanto quest’ultimo è esso stesso oggetto di controllo. Secondo il G.i.p. del Tribunale di Roma³²⁴ per garantire poi l’autonomia dei componenti dell’OdV, questi assolutamente non dovranno ricoprire ruoli operativi, essi non dovranno essere partecipi delle decisioni dell’ente perché questo potrebbe pregiudicare la loro capacità di giudizio. Sostanzialmente, secondo quanto stabilito da altra pronuncia³²⁵ in relazione al caso “Thyssen Krupp”, non si dovrà sovrapporre la figura di controllore con quella di controllato, perché in questo caso il soggetto sarebbe chiamato ad essere “giudice di sé stesso” e ciò comporterebbe quasi sicuramente, e in tal caso ha comportato, una valutazione negativa del modello per il motivo di assenza di autonomia dell’OdV. Qualora nell’OdV vi sia un soggetto interno allora, se non si vorrà che venga meno il principio di autonomia, dovrà operare in settori non oggetto dell’attività di controllo dell’OdV. A rafforzare l’autonomia dell’OdV vi è sicuramente la predisposizione di un *budget* capace che permetta all’OdV di potersi servire di figure esterne nonché di poter pianificare e rendere effettive le verifiche e le ispezioni che più ritiene opportune.

³²⁰ IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l’organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 9.

³²¹ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L’Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 28.

³²² CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, aggiornate al marzo 2014, p. 57.

³²³ VALENSISE P., *L’organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/01: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell’Economia*, Il Mulino, Fascicolo 2, dicembre 2009, p. 362.

³²⁴ G.i.p. Tribunale di Roma, 4 aprile 2003: “Con riferimento all’organismo di controllo, previsto nella più volte menzionata delibera del CdA, osserva il giudice che tale organismo, per essere funzionale alle aspettative, deve necessariamente essere dotato di indispensabili poteri di iniziativa, autonomia e controllo. Evidente, infatti, che al fine di garantire efficienza e funzionalità l’organismo di controllo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell’attività dell’ente potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche”.

³²⁵ Corte di Assise di Appello di Torino, 22 maggio 2013, n. 6.

Per quanto concerne l'indipendenza³²⁶ questa risulta essere fondamentale perché il requisito dell'autonomia sarebbe svuotato se non si abbinasse al requisito dell'indipendenza intesa come indipendenza economica, indipendenza personale e come assenza di conflitto di interessi ed è in questo senso che va inteso tale requisito. Ad influenzare l'indipendenza³²⁷ vi sono sicuramente anche l'aspetto della durata dell'incarico, la possibilità di revoca ed il compenso riconosciuto. Le linee guida di Confindustria stabiliscono poi che la previsione di cause di ineleggibilità e di decadenza dei membri dell'Organismo di vigilanza può contribuire a selezionare individui effettivamente indipendenti. Tali requisiti (come ad esempio assenza di conflitto di interesse, assenza di legami di parentela con il vertice e gli organi sociali³²⁸, onorabilità³²⁹) dovranno essere specificati nel modello organizzativo. I requisiti di indipendenza ed autonomia poi "sarebbero assicurati dall'inserimento dell'Organismo come unità di *staff*, in una posizione gerarchica la più elevata possibile e prevedendo il "riporto" al massimo vertice operativo aziendale, vale a dire il Consiglio di Amministrazione nel suo complesso"³³⁰. È stato sottolineato che per quanto concerne i requisiti di autonomia e di indipendenza questi debbano riferirsi all'intero OdV qualora questo sia di composizione mista in quanto "non è possibile esigere una totale indipendenza dei componenti interni"³³¹, qualora invece l'OdV sia di matrice totalmente esterna i requisiti dovranno essere valutati in capo a ciascun componente. Nei gruppi di società non è stato ritenuto indipendente il componente dell'OdV che ricopriva la carica di componente del consiglio di amministrazione di una società controllata³³².

³²⁶ G.i.p. Tribunale di Milano, ordinanza 20 settembre 2004.

³²⁷ AODV, *Requisiti e composizione dell'organismo di vigilanza*, 1 febbraio 2010, pp. 16 -17.

³²⁸ Secondo l'IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 9, per definire il requisito di indipendenza si potrebbe applicare quanto disposto dall'art. 2399 c.c. e per quanto riguarda i rapporti di parentela quelli impedenti sarebbero solo quelli relativi agli amministratori, non sarebbero causa di ineleggibilità o decadenza rapporti di parentela con i direttori generali o con i procuratori, anche se comunque la questione dovrebbe essere attentamente valutata. Per quanto riguarda i rapporti di natura patrimoniale, non essendo quest'ultimo un criterio oggettivo si evidenzia che è un parametro di difficile determinazione e che è necessario valutare caso per caso.

³²⁹ Anche ai sensi dell'art. 2382 c.c.

³³⁰ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, Aggiornate al marzo 2014, p. 57.

³³¹ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 31, così anche CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, Aggiornate al marzo 2014, p. 58 ed anche ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità delle banche*, febbraio 2004, p. 24, *contra* BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Cedam, Wolters Kluwer, 2012, p. 11.

³³² ABRIANI N. – GIUNTA F., *L'Organismo di Vigilanza previsto dal D.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Rivista231*, 3-2012, p. 209 cita Tribunale di Napoli, ordinanza 26 giugno 2007.

Autorevole dottrina³³³ sottolinea che “autonomia ed indipendenza, dunque, sono concetti complementari ma non sinonimi. In ipotesi si potrebbe avere un OdV che risponde a requisiti di indipendenza in quanto non assoggettato a poteri gerarchici, né portatore di conflitti di interesse o legato da rapporti patrimoniali o familiari, ma con insufficiente autonomia in quanto privo di *budget* e senza possibilità di accesso alla documentazione rilevante o ai dipendenti della società. Al contrario, si potrebbe avere un OdV con piena autonomia di iniziativa e risorse adeguate, ma i cui componenti sono tutti privi dei requisiti di indipendenza necessari per le ragioni suesposte. Nonostante la giurisprudenza tenda a non tracciare una chiarissima distinzione tra i due requisiti, essi sono diversi. L'indipendenza è, in sintesi, una condizione soggettiva dell'OdV, l'autonomia, esprime la sua capacità operativa”³³⁴.

In alcuni casi la prassi³³⁵ sottolinea anche l'importanza ed il rilievo del requisito di onorabilità sottolineando come questo risulti richiamato dalla giurisprudenza³³⁶ per quanto concerne i requisiti dell'OdV, nonché come questo risulti essere un requisito richiamato in diverse occasioni dall'ordinamento³³⁷. Secondo tale orientamento l'ordinamento non riconoscerebbe il requisito di onorabilità a chi:

- a) si trova in una delle condizioni previste dall'art. 2382 c.c.;
- b) chi è stato sottoposto a misure di prevenzione ai sensi della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o della legge 31 maggio 1965, n. 575 e successive modificazioni e integrazioni, salvi gli effetti della riabilitazione;
- c) colui che ha riportato una condanna, anche se con pena condizionalmente sospesa, salvi gli effetti della riabilitazione, per:

1) uno dei delitti previsti dal R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare);

2) uno dei delitti previsti dal titolo XI del libro V del codice civile;

³³³ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 45.

³³⁴ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 48.

³³⁵ AODV, *Requisiti e composizione dell'organismo di vigilanza*, 1 febbraio 2010, pp. 5 - 8.

³³⁶ G.i.p. Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007.

³³⁷ Artt. 2387 (carica di amministratore), 2409 - *noviedecies* comma 1 (amministratore nel modello monistico), 2409 - *octiesdecies*, comma 2 (carica di componente del comitato per il controllo sulla gestione nel modello monistico), 2409 - *undecies*, comma 6 (carica del componente del consiglio di gestione nel modello dualistico), 2409 - *duodecies*, comma 6 (carica di membro del consiglio di sorveglianza nel modello dualistico), 2397, comma 2 (carica di sindaco) c.c.; Artt. 26 e 109 del d.lgs. n. 385/1993 che richiamano il D.M. 30 dicembre 1998, n. 516 (carica di amministratore nelle società che svolgono attività bancaria e di intermediazione finanziaria); Art. 148, comma 4 del d.lgs. n. 58/1998 che richiama il D.M. 30 marzo 2000, n. 162 (carica di sindaco nelle società quotate).

- 3) per un delitto colposo;
- 4) per un delitto contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'economia pubblica;
- 5) per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa e dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari, di strumenti di pagamento.

Da notare infine che la stessa legge Anticorruzione³³⁸ (d.lgs. n. 218/2012, art. 2), modificando l'art. 85 del d.lgs. n. 159/2011, richiede, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, che venga fornita la cd. documentazione antimafia (art. 84 d.lgs. n. 159/2011). Questa dovrà essere riferita non solo ai sindaci delle società di capitali, ma anche ai componenti dell'OdV.

1.1.2 Requisito della professionalità

Per quanto concerne il requisito della professionalità questo requisito secondo le linee guida di Confindustria³³⁹ si riferisce al bagaglio di strumenti e tecniche specifiche in ambito consulenziale, ispettivo e di analisi che l'Organismo di vigilanza deve possedere per poter svolgere efficacemente la propria attività di verifica (ad esempio tecniche di campionamento statistico, tecniche di analisi e valutazione dei rischi, tecniche di analisi del *flow - charting* di procedure e processi per l'individuazione dei punti di debolezza, nonché tecniche di intervista e di elaborazione di questionari e tecniche basate sulle metodologie per l'individuazione delle frodi). Esso dovrebbe possedere nel proprio bagaglio anche di nozioni e competenze in ambito di analisi dei sistemi di gestione e controllo e competenze in ambito giuridico³⁴⁰, soprattutto societario e penale, che gli permettano una conoscenza della struttura e delle modalità di consumazione dei reati³⁴¹ nonché del

³³⁸ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 43.

³³⁹ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, aggiornate al marzo 2014, p. 59.

³⁴⁰ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, Aggiornate al marzo 2014, p. 62 dove si afferma che è opportuno che almeno un componente dell'Organismo abbia competenze giuridiche.

³⁴¹ Ad esempio per il settore salute e sicurezza sul lavoro sarà necessario avvalersi di tutte le risorse attivate per la gestione dei rischi ai sensi del d.lgs. n. 81/2008.

resto anche conoscenze tecniche in relazione alle specifiche materie in relazione alle quali sono individuati i reati presupposto. Gli ambiti disciplinari di competenza come è facile desumere variano molto e a meno che non si tratti di enti di importanti dimensioni tali da poter sostenere Organismi di ampia composizione sarà difficile il *trade - off* tra competenze e costi da sostenere per avere un OdV con più competenze possibili. Nelle realtà di piccole dimensioni, ove queste competenze, soprattutto quelle tecniche relative a tipiche e specifiche fattispecie di reato, fossero carenti, l'Organismo si potrà avvalere di consulenti tecnici esterni eventualmente optando anche per un Organismo monocratico con competenze di *Risk Management* ed *Auditing*³⁴². Il possesso di specifiche competenze professionali occorre che vada verificato nel concreto e, secondo la giurisprudenza, non è sufficiente un mero rinvio nel Modello ai *curriculum vitae* dei componenti³⁴³. È per ultimo opinione unanime che il requisito di professionalità “possa essere ripartito tra i vari membri dell'organismo, in modo tale che quest'ultimo, nel suo complesso, raccolga le diverse professionalità ed esperienze necessarie allo svolgimento dell'attività richiesta”³⁴⁴.

1.1.3 Requisito della continuità di azione

Per quanto concerne il requisito della continuità di azione, questo significa in prima battuta la realizzazione di una attività non discontinua che permetta di ravvisare in tempo reale scostamenti anomali³⁴⁵. Secondo le linee guida di Confindustria³⁴⁶,

³⁴² STRAZZERI C. A. – RUPIC M., *Manuale pratico dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Wolters Kluwer, 2014, p. 3.

³⁴³ Tribunale di Napoli 26 giugno 2007: “non vi è alcuna indicazione sulla professionalità richiesta ai membri del OdV. In particolare non è richiesto che i medesimi abbiano precipue competenze di attività ispettiva, consulenziale ovvero la conoscenza di tecniche specifiche, idonee a garantire l'efficacia dei poteri di controllo e del potere propositivo ad esso demandati”.

Tribunale di Milano 20 settembre 2004: “Per quanto concerne l'Organo di Vigilanza (di cui al paragrafo 3 del documento generale prodotto da ...) si osserva che, perché questo organo possa adeguatamente ed efficacemente adempiere ai propri compiti, è necessario che ne sia garantita la autonomia, l'indipendenza e la professionalità. Sotto questo profilo il modello appare lacunoso e generico. In punto di autonomia dell'organo di vigilanza il modello si limita a rinviare ai «curricula dei singoli componenti dell'organo». Il modello non prevede che, necessariamente, i componenti dell'organo di vigilanza debbano possedere capacità specifiche in tema di attività ispettiva e consulenziale. Ci si riferisce al campionamento statistico; alle tecniche di analisi e valutazione dei rischi; alle tecniche di intervista e di elaborazione di questionari, alle metodologie per l'individuazione delle frodi. La composizione dell'organo di vigilanza muta nel tempo ed è evidente che un organo di vigilanza «debole» non può adempiere ai propri compiti”.

³⁴⁴ VALENSISE P., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/01: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, Il Mulino, Fascicolo 2, dicembre 2009, p. 364.

³⁴⁵ IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 11.

³⁴⁶ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, aggiornate al marzo 2014, p. 60.

questa previsione sostanzialmente significa realizzare una struttura che costantemente si dedichi all'attività di vigilanza sul modello recependo informazioni, fornendo informazioni circa la sua attività e conservando i risultati di questa in un'ordinata documentazione. Negli organismi di vigilanza a composizione plurisoggettiva il requisito della continuità di azione è da valutare con riferimento all'Organismo nella sua interezza e potrà essere soddisfatto sia mediante la presenza nel collegio di un interno, il quale, rispettando le condizioni di autonomia ed indipendenza, possa fornire un contributo assiduo, ovvero, obbligatoriamente qualora i membri siano tutti esterni, mediante la predisposizione, come punto di riferimento, di una segreteria tecnica inter funzionale che permetta il collegamento tra l'organismo e l'ente anche in termini di flussi informativi, monitoraggio sul modello e denunce di violazioni dello stesso. La continuità conterà in un costante monitoraggio dell'efficacia del modello, in una costante analisi di eventuali scostamenti comportamentali che emergessero dalle risultanze dei flussi informativi o dalle segnalazioni (opportunamente evidenziate all'organo dirigente) e dal periodico dialogo con l'organo dirigente circa opportuni aggiornamenti o adeguamenti da effettuare sul modello a seguito di comportamenti devianti ripetuti, modifiche organizzative o nell'attività, nei mercati di riferimento o modifiche normative. Elemento fondamentale per lasciare traccia e dare prova della continuità e dell'effettività saranno i verbali delle ispezioni, delle verifiche, dei flussi informativi con l'ente nonché la periodica relazione circa l'attività svolta di verifica, controllo e monitoraggio di adeguatezza da riferire all'organo dirigente e all'organo di controllo; "la documentazione della propria attività potrebbe diventare la prova dell'effettiva verifica sul funzionamento e l'osservanza delle regole del modello, nonché la prova che non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza"³⁴⁷. Per rendere effettiva questa operatività il modello dovrà prevedere: l'attribuzione all'OdV di un *budget* per lo svolgimento dei suoi compiti (ad esempio per le attività di verifica e le consulenze tecniche); il libero accesso alle strutture dell'ente per l'acquisizione di qualsiasi informazione e dato; la possibilità che l'OdV si avvalga, oltre che di tutte le strutture della società, anche di soggetti esterni; la previsione di insindacabilità delle attività poste in essere dall'OdV. L'OdV dovrà poi disciplinare attraverso un regolamento (da sottoporre all'approvazione solo dello stesso Organismo e non degli

³⁴⁷ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 38.

organi sociali) la calendarizzazione delle attività, la definizione dei criteri e delle procedure di analisi, la modalità di verbalizzazione delle riunioni, la tracciabilità e la conservazione della documentazione relativa alle attività svolte (verbali, relazioni o informative specifiche, report inviati o ricevuti), la disciplina dei flussi informativi dalle strutture aziendali all'OdV e viceversa ed il proprio funzionamento interno. L'OdV dovrà quindi, soprattutto nelle aziende di medie - grandi dimensioni, rendere effettiva, efficace ed efficiente una struttura che secondo quanto affermato dalla giurisprudenza³⁴⁸ dovrebbe essere dedicata a tempo pieno all'attività di vigilanza sul modello, attività che dovrà essere necessariamente priva di mansioni operative che possano portare l'Organismo ad assumere decisioni con effetti economico - finanziari sull'ente.

1.2 Problematiche relative alla composizione dell'organismo di vigilanza

Il decreto legislativo, come più volte ricordato, non dispone alcunché riguardo alla opportuna composizione dell'Organismo di vigilanza, tanto che nel tempo la prassi più autorevole ha sentito l'esigenza di definire delle linee guida in modo da dare indicazioni concrete per far fronte alla indeterminatezza normativa. Nel tempo però proprio questa laconicità e la necessaria generalità delle linee guida derivanti dalla prassi ha inevitabilmente acceso il dibattito sia dottrinale che giurisprudenziale circa determinate conformazioni dell'Organismo per la sua regolare composizione ai fini esimenti.

³⁴⁸ G.i.p. Tribunale di Roma, Ordinanza 4 aprile 2003, critico DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 36, il quale ritiene che l'impegno esclusivo si debba intendere nel senso che "i componenti debbano essere impegnati solo in attività di vigilanza e non operative, gestorie o esecutive. Più problematica appare la raccomandazione (mutuata dalle linee guida di Confindustria), contenuta nella medesima ordinanza, secondo la quale si dovrebbe prevedere la costituzione di un organismo dedicato "a tempo pieno" all'attività di vigilanza. Questo equivoco del tempo pieno è presente anche nell'ultima versione delle linee Confindustria nonché in una circolare della Guardia di Finanza dedicata ai Modelli 231, benché tale dedizione esclusiva non sia affatto necessaria. Essa non è richiesta dalla legge né se ne fa cenno nella relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 231/2001 ed è, oltre che non essenziale per il buon funzionamento dell'OdV, anche irrealistica. Peraltro tale requisito non viene più menzionato dalla giurisprudenza successiva: anzi, i provvedimenti favorevoli alla società indagata (Impregilo, Tribunale di Pinerolo, Finmeccanica), si riferiscono sempre a MOG che non contemplano alcun "tempo pieno" per l'OdV o l'istituzione di strutture dedicate esclusivamente all'attività di vigilanza 231".

A questo proposito le linee guida di Confindustria, facendo una disamina delle possibili strutture aziendali che avrebbero potuto ricoprire la funzione di Organismo di vigilanza, espressamente ha escluso le funzioni³⁴⁹: Personale ed Organizzazione, Legale, Amministrazione e Controllo di Gestione ed il Servizio di Prevenzione e Protezione per la salute e sicurezza sul lavoro in quanto generalmente queste funzioni sono prive del complesso di figure professionali aventi le competenze necessarie per l'espletamento dell'attività di vigilanza e soprattutto tali funzioni sarebbero da escludere a causa del possesso di importanti poteri decisori e di deleghe operative che comporterebbero il difettare del requisito di autonomia e del requisito dell'indipendenza in ragione anche dell'incardinazione all'interno della gerarchia organizzativa. Analoghe considerazioni valgono per il responsabile o la funzione relativa all'ambiente e all'ecologia. La giurisprudenza³⁵⁰ ha però valutato positivamente un modello che aveva all'interno dell'OdV il responsabile Affari Legali, Societari e *Compliance*, "tale ultima figura non risponde appieno ai requisiti di indipendenza ed autonomia più rigorosi richiesti dalla giurisprudenza. Eppure, il suo essere inserito in un contesto in cui gli altri membri sono chiaramente indipendenti dalla Società, non ha inficiato la validità del modello"³⁵¹.

Opinione favorevole invece verrebbe espressa per il Comitato controllo e rischi e per la funzione di Internal Auditing o di Revisione Interna che invece hanno il compito di vigilare sul complessivo sistema di controllo interno e di gestione dei rischi di cui anche il modello organizzativo fa parte. Le esigenze da contemperare sono sicuramente la necessità di contenimento dei costi, la necessità di un legame con la realtà aziendale, la professionalità delle figure che lo compongono, le quali debbono possedere competenze tecniche e/o competenze legali e/o competenze di *auditing*, infine la necessità che tali soggetti posseggano le caratteristiche di autonomia ed indipendenza nonché la necessità che la loro attività sia contraddistinta da continuità di azione.

³⁴⁹ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, Aggiornate al marzo 2014, p. 62; parzialmente difforme ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità delle banche*, febbraio 2004, p. 22.

³⁵⁰ Proc. Rep. Busto Arsizio 25 luglio 2014, decr. Arch. n. 5596 (non pubblicato) in DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 87.

³⁵¹ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 87.

Di seguito una disamina degli aspetti più dibattuti in relazione alla composizione dell'Organismo di Vigilanza che potrà, fermi i requisiti essenziali, essere sia mono soggettivo che plurisoggettivo, coincidere con un organo o una funzione aziendale, essere di composizione totalmente interna, esterna o, come preferibile, mista.

1.2.1 Organo di controllo come OdV

Una delle principali problematiche che si rilevano nella definizione delle figure che possono essere nominate quali membri dell'OdV deriva dalla previsione dell'art. 6 comma 4-*bis* del d.lgs. n. 231/2001 introdotto dall'art. 14, comma 12, della legge di stabilità 2012. Il comma prevede la possibilità che nelle società di capitali la funzione di vigilanza possa essere svolta dal collegio sindacale, dal consiglio di sorveglianza o dal comitato per il controllo sulla gestione. Una recente ricerca mostra peraltro come questa semplificazione introdotta con la legge di stabilità 2012 non sia stata percepita del tutto come una possibilità per eliminare costi e complessità³⁵². Favorevoli a questa previsione sono le linee guida di Confindustria³⁵³, la quale rileva in questa opzione una razionalizzazione delle funzioni di controllo in vista di una maggiore efficienza ed efficacia complessiva del sistema di controllo interno. Ovviamente l'opzione va valutata in base alla complessità organizzativa e alla luce della tipologia di attività svolta, anche in relazione ai profili di rischio e alle competenze specifiche effettivamente possedute dai componenti dell'organo di controllo in ambito giuridico, penale e societario, ed in ambito tecnico specialistico per le attività ispettive, posto che in ogni caso sarà possibile, per le verifiche di merito, avvalersi di consulenti esterni che abbiano professionalità specifiche.

Anche qualora l'OdV e l'organo di controllo rappresentino due entità distinte, si rileva la necessità di una continua interazione e di un continuo coordinamento nell'ottica di massimizzare le sinergie ed eliminare le duplicazioni con adeguati flussi

³⁵² AIIA - KPMG, La compliance al D.Lgs. 231/01 nei grandi gruppi, marzo 2012, p. 35.

³⁵³ Favorevoli, per quanto concerne la dottrina anche BOIDI M. – FRASCINELLI R. – VERNERO P., *La compatibilità del Collegio Sindacale quale Organismo di Vigilanza ex D.lgs. 231/2001*, in *Rivista231*, 4-2011, pp. 147 - 156. Non del tutto favorevole parte della dottrina, si veda ad esempio VALENSISE P., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/01: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, Il Mulino, Fascicolo 2, dicembre 2009, pp. 369 - 372; CARDIA M., *Legge di stabilità 2012 e D.lgs. 231/2001: riflessioni sulla composizione dell'organismo di vigilanza*, in *Rivista231*, 1-2012, pp. 123 - 134.

informativi³⁵⁴. Nel rispetto dell'art. 2403 c.c., infatti, l'organo di controllo dovrà valutare l'adeguatezza ed il concreto funzionamento dell'assetto organizzativo di cui i MOG fanno sicuramente parte³⁵⁵. Le rilevanti "responsabilità che, in connessione con tale funzione di vigilanza primaria, gravano ex lege sui sindaci - a differenza che sugli altri attori del controllo interno, compreso l'Organismo di Vigilanza e Controllo ex d.lgs. 231/2001 - impongono di attribuire in ogni caso all'attività propria del collegio un ruolo di "cappello" su tutto il sistema dei controlli interni"³⁵⁶. L'organo di controllo avrà l'obbligo in prima analisi di suggerire l'adozione del modello nel caso in cui vi sia inerzia degli amministratori ed una volta applicato non potrà esimersi dal verificarne ex art. 2403 c.c. la sua adeguatezza ed il suo concreto funzionamento. Ovviamente questo controllo attivo del collegio potrebbe in qualche modo scontrarsi e sovrapporsi con quello effettuato dall'Organismo ed in questo senso è necessario un opportuno coordinamento delle diverse attività³⁵⁷.

Prima della legge di stabilità 2012 la posizione maggioritaria era quella di escludere non solo la possibilità che fosse nominato OdV l'organo di controllo, ma anche che potesse far parte dell'OdV lo stesso sindaco³⁵⁸. Le principali critiche riscontrate in relazione a questa previsione sono le seguenti:

- l'attività del collegio "può essere oggetto di controllo (in particolare con riferimento al delitto di false comunicazioni sociali) ai sensi del d.lgs. 231/2001"³⁵⁹; nonostante il sindaco o il collegio non siano da considerarsi soggetto apicale³⁶⁰ "ciò non esclude che i componenti del collegio sindacale

³⁵⁴ Per una disamina del rapporto tra Organismo di Vigilanza e collegio sindacale si veda Capitolo II, paragrafo 1.6.2.

³⁵⁵ CNDCEC, *Norme di comportamento del Collegio Sindacale*, in vigore dal 1 gennaio 2012, punto 5.5., p. 50: "il modello organizzativo, soggetto alle attività di verifica di detto Organismo di vigilanza, è parte del sistema di controllo interno di cui il collegio sindacale valuta l'adeguatezza".

³⁵⁶ SCAFIDI A. – ANNOVAZZI S., *Il ruolo del Collegio Sindacale nell'ambito dei modelli organizzativi ex D. Lgs 231/2001 ed i suoi rapporti con l'Organismo di Vigilanza e Controllo (parte 1)*, in *Rivista231*, 2-2007, p. 119.

³⁵⁷ SCAFIDI A. – ANNOVAZZI S., *Il ruolo del Collegio Sindacale nell'ambito dei modelli organizzativi ex D. Lgs 231/2001 ed i suoi rapporti con l'Organismo di Vigilanza e Controllo (parte 2)*, in *Rivista231*, 3-2007, pp. 103 - 119 si veda anche CNDCEC, *Norme di comportamento del Collegio Sindacale*, testo in vigore dal 1 gennaio 2012, punto 5.5, p. 49.

³⁵⁸ Anche se comunque si rilevavano posizioni differenti in merito a quest'ultima ipotesi, si veda ad esempio Rordorf, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, in *Responsabilità degli enti per reati commessi nel loro interesse*, Atti del Convegno di Roma, cit., 89.

³⁵⁹ SCAFIDI A. – ANNOVAZZI S., *Il ruolo del Collegio Sindacale nell'ambito dei modelli organizzativi ex D. Lgs 231/2001 ed i suoi rapporti con l'Organismo di Vigilanza e Controllo (parte 2)*, in *Rivista231*, 3-2007, p. 116.

³⁶⁰ BOIDI M. – FRASCINELLI R. – VERNERO P., *La compatibilità del Collegio Sindacale quale Organismo di Vigilanza ex D.lgs. 231/2001*, in *Rivista231*, 4-2011, p. 150 e comunque la stessa Relazione Ministeriale al decreto al paragrafo 3.2 afferma che i sindaci "non figurano nel novero dei soggetti che, formalmente investiti di una posizione apicale, possono commettere illeciti che incardinano la responsabilità dell'ente" anche se

possano porre in essere condotte rientranti in talune delle fattispecie di reato (si pensi ai reati di cui agli artt. 2621 e ss. c.c.), in concorso ex art. 110 c.p. con quei soggetti titolari di funzioni amministrativo gestionali di vertice, espressamente menzionati dall'art. 25 - *ter*. La possibile veste di soggetti attivi di reati societari in capo ai sindaci ha, dunque, dei riflessi importanti in sede di predisposizione del modello organizzativo nel quale dovranno essere presidiati adeguatamente anche i comportamenti di questi, ogni volta che siano astrattamente suscettibili di concorrere alla commissione dei suddetti reati con gli amministratori, i direttori generali o i liquidatori o le persone sottoposte alla loro vigilanza³⁶¹.

- in alcuni casi il collegio sindacale potrebbe essere chiamato a sostituire l'organo gestorio come nel caso previsto dall' art. 2386 c.c. o debba intraprendere iniziative a fronte dell'inerzia degli amministratori;
- in caso di identificazione dell'OdV con il collegio sindacale³⁶², la nomina da parte del consiglio di amministrazione potrebbe far sorgere il problema di una "sorta di doppia lealtà" nei confronti dell'assemblea dei soci e del consiglio di amministrazione³⁶³. Per venir meno alla problematicità è stata individuata dalla dottrina la seguente cautela³⁶⁴: l'incarico relativo alla funzione dell'OdV dovrebbe essere attribuito contestualmente alla nomina dei sindaci, mediante deliberazione assembleare e non come mera scelta del *management*³⁶⁵. Compromessa potrebbe essere l'autonomia di giudizio del collegio nell'esercizio delle sue funzioni ad esempio qualora l'organo amministrativo utilizzasse la nomina ed il relativo compenso come strumento premiale o viceversa di pressione

comunque la relazione è precedente all'introduzione dei reati nei quali possono essere coinvolti come quelli di cui all'art. 25 - *ter*.

³⁶¹ CARDIA M., *Legge di stabilità 2012 e D.lgs. 231/2001: riflessioni sulla composizione dell'organismo di vigilanza*, in *Rivista231*, 1-2012, p. 127, questo aspetto, ad avviso dell'autore determinerebbe anche l'assenza del requisito dell'indipendenza. L'autore ritiene che l'organo di controllo non possieda neanche i requisiti di professionalità e continuità di azione.

³⁶² Si dovrebbe ritenere la carica attribuita all'organo in quanto tale e non ai singoli componenti, anche se c'è chi rileva che si evidenziano in dottrina entrambe le soluzioni, VALENSISE P., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/01: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, Il Mulino, Fascicolo 2, dicembre 2009, p. 370.

³⁶³ AODV, *La modifica dell'art. 6 del D.lgs. 231/2001: critica ragionata all'attribuzione al collegio sindacale della funzione di organismo di vigilanza*, 2012, disponibile su www.aodv231.it.

³⁶⁴ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 28.

³⁶⁵ In questo senso BOIDI M. – FRASCINELLI R. – VERNERO P., *La compatibilità del Collegio Sindacale quale Organismo di Vigilanza ex D.lgs. 231/2001*, in *Rivista231*, 4-2011, p. 154. Forse, alla luce delle considerazioni fatte nel paragrafo 1.1 del presente capitolo, si potrebbe comunque prevedere nello statuto, se non la competenza di nomina, la necessità dell'autorizzazione assembleare; in questo senso anche GUERRIERI G., *Il sistema dei controlli societari e l'OdV ex D.lgs. 231/2001*, in *Rivista231*, 2-2014, p. 50.

attraverso la minaccia di revoca dall'incarico³⁶⁶ di OdV. Per venir meno alle problematiche definite è stata individuata la seguente cautela³⁶⁷: quando si attribuisce la carica di OdV ai sindaci essa non potrà essere revocata se non con delibera assembleare, per giusta causa e con la preventiva approvazione del tribunale, in quanto tale funzione dovrebbe rientrare a quel punto tra le funzioni proprie del loro ufficio estendendosi a tale carica il regime garantistico della revoca che elimina in radice ogni rischio di condizionamento economico indiretto, assicurando piena indipendenza ai sindaci per tutta la durata del mandato³⁶⁸. Questa visione riscontra delle critiche nella stessa dottrina³⁶⁹: in primo luogo vi sono opinioni contrarie a che il procedimento di nomina e di revoca avvenga per delibera assembleare, altro aspetto di critica è che è difficilmente giustificabile un intervento del tribunale per la revoca dell'organo come Organismo essendo la predisposizione dello stesso volontaria, e rimarrebbe “altresì immutata la facoltà da parte della società di revocare il solo OdV, mantenendo inalterato il ruolo e la composizione del collegio sindacale; in questo caso si ritiene opportuno deliberare la separazione della funzione di OdV da quelle attribuite al collegio sindacale e poi procedere alla nomina di un OdV di nuova istituzione del quale potranno far parte anche uno o più sindaci”³⁷⁰. Nel caso in cui la funzione di OdV sia attribuita all'organo di controllo, infatti, la revoca riguarderà l'intero organismo;

- per quanto non sia soggetto apicale, il collegio dovrebbe nelle sue funzioni di Organismo controllare e giudicare un modello organizzativo sul quale già si esprime ai sensi dell'art. 2403 c.c., disposizione che rimette al collegio sindacale

³⁶⁶ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 26. Da rilevare che, a seguito della previsione normativa, non è possibile considerare l'apporto continuativo di consulenza e di prestazione d'opera retribuita in contrasto con le previsioni ex art. 2399 c.c. Così si era già pronunciato il Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili con comunicazione Prot. N. 1575 del 16 febbraio 2009.

³⁶⁷ BOIDI M. – FRASCINELLI R. – VERNERO P., *La compatibilità del Collegio Sindacale quale Organismo di Vigilanza ex D.lgs. 231/2001*, in *Rivista231*, 4-2011, p. 155; DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 28.

³⁶⁸ GUERRIERI G., *Il sistema dei controlli societari e l'OdV ex D.lgs. 231/2001*, in *Rivista231*, 2-2014, pp. 35 - 51; in questo senso anche BOIDI M. – FRASCINELLI R. – VERNERO P., *La compatibilità del Collegio Sindacale quale Organismo di Vigilanza ex D.lgs. 231/2001*, in *Rivista231*, 4-2011, p. 155, il quale evidenzia che in alcuni casi si ritiene che queste garanzie circa la nomina e la revoca dovrebbero permanere anche nel caso in cui taluno dei sindaci sia nominato singolarmente come componente o quando il sindaco costituisca da solo l'OdV monocratico.

³⁶⁹ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 34.

³⁷⁰ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 34.

la valutazione circa l'adeguatezza dell'assetto amministrativo e contabile adottato dalla società e del suo concreto funzionamento, dovrebbe quindi come organismo giudicare qualcosa che era già stato posto al suo giudizio³⁷¹;

- con riferimento alla nomina l'attribuzione del potere di nomina nel sistema dualistico riscontra delle difficoltà. Nel sistema dualistico il potere di nomina e revoca spetterebbe al consiglio di gestione, poiché il consiglio di sorveglianza svolge il medesimo ruolo di controllo del collegio sindacale. Vi è però una contraddizione: il consiglio di sorveglianza nomina il consiglio di gestione e contemporaneamente svolge il ruolo di OdV nominato dal consiglio di gestione. In questo caso risulta consigliabile quindi l'intervento dell'assemblea. Ulteriori criticità per il sistema dualistico si rileverebbero nel fatto che, ai sensi dell'art. 2409 - *terdecies*, comma 1, lett. f *bis* c.c., lo statuto può prevedere che il consiglio di sorveglianza possa deliberare in ordine alle operazioni strategiche ed ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione e, per ultimo, che ai sensi dell'art. 2409 - *duodecies*, comma 10 c.c. vi sia la mancata previsione di necessaria assenza di legami personali come requisito di indipendenza (tale problema non si porrebbe comunque in caso di società quotata ai sensi dell'art. 148, comma 4 - *bis* del TUF). Questi risultano essere due debolezze importanti, che possono però essere valutate in base a quanto prevede lo statuto della specifica società nel caso concreto;
- nel sistema monistico la competenza per la nomina e la revoca dell'OdV è del consiglio di amministrazione e le funzioni di controllo sono esercitate dal comitato per il controllo della gestione³⁷². Per quanto concerne questo organo il rilievo che la dottrina³⁷³ presenta è che la valutazione circa la bontà della scelta di attribuire la carica di OdV al comitato per il controllo della gestione dipende da come viene interpretato il secondo divieto sancito dall'art. 2409 - *octiesdecies*, comma 2, c.c.³⁷⁴. Se si intende che il divieto di attribuzione di deleghe, di

³⁷¹ BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Cedam, Wolters Kluwer, 2012, p. 17.

³⁷² DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 29.

³⁷³ VALENSISE P., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/01: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, Il Mulino, Fascicolo 2, dicembre 2009, pp. 374 - 375.

³⁷⁴ Art. 2409 - *octiesdecies*, comma 2, c.c.: "Il comitato è composto da amministratori in possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità stabiliti dallo statuto e dei requisiti di indipendenza di cui all'articolo 2409 *septiesdecies*, che non siano membri del comitato esecutivo ed ai quali non siano attribuite deleghe o particolari cariche e comunque non svolgano, anche di mero fatto, funzioni attinenti alla gestione dell'impresa sociale o di società che la controllano o ne sono controllate."

particolari cariche nonché il divieto di svolgere, anche di mero fatto, funzioni attinenti alla gestione dell'impresa sociale o di società che la controllano o ne sono controllate sia effettivo e debba essere letto in modo rigoroso tanto da considerare il comitato cosa separata dal consiglio di amministrazione, allora potrebbe essere compatibile con la carica di OdV, altrimenti si avrebbe un organo di controllo con una caratterizzazione troppo gestoria ed una commistione non accettabile tra controllanti e controllati, come potrebbe avvenire nel caso del comitato controllo e rischi previsto dal codice di autodisciplina delle società quotate;

- nell'occasione in cui uno dei membri dell'organo di controllo rinunci all'incarico, secondo parte della dottrina³⁷⁵ i membri rimanenti dell'organo di controllo farebbero parte dell'OdV *uti singuli* e quindi si applicherebbero le regole normali (ad esempio le dimissioni di uno di questi da sindaco non comporterebbero il venire meno della carica di componente dell'OdV). In ogni caso, per evitare dubbi, sarebbe opportuna³⁷⁶ prima la sottrazione della funzione di OdV all'organo di controllo e successivamente l'approvazione di una delibera per i restanti membri (e non più verso l'organo di controllo nella sua interezza) che nomini un OdV di nuova istituzione che potrà anche essere composto da uno o più componenti del collegio sindacale;
- secondo la posizione dell'IRDCEC³⁷⁷ dunque, siccome la funzione risulta attribuita all'intero organo, il singolo componente dell'organo di controllo non potrebbe neanche dimettersi (e nemmeno il sindaco potrebbe essere revocato) da componente dell'OdV in quanto, come precedentemente sottolineato, l'esercizio di tale ruolo rientrerebbe, una volta nominato il collegio, tra i compiti propri dell'ufficio di sindaco; tuttavia la posizione pare eccessiva e “non si vedono ostacoli a che l'OdV continui a svolgere le sue funzioni anche senza la presenza del sindaco dimissionario, visto che la ratio della legge di stabilità del 2012 è di semplificare il più possibile i meccanismi di governo societario e ridurre i costi per le imprese. I sindaci rimanenti saranno membri *uti singuli* e non come collegio e semmai il consiglio di amministrazione potrà sia regolare nell'atto di nomina le

³⁷⁵ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 32.

³⁷⁶ IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 17

³⁷⁷ IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 17.

conseguenze delle dimissioni del sindaco sia integrare, quando opportuno, la composizione dell'OdV con altro membro. Naturalmente le dimissioni o comunque la cessazione dalla carica di sindaco comportano invece la decadenza dall'ufficio di componente dell'OdV"³⁷⁸. Si potrebbe tutt'al più ritenere applicabile la soluzione che l'IRDCEC fornisce per la rinuncia all'incarico, e, cioè, la società sarebbe costretta a sottrarre la funzione di OdV al collegio sindacale, e quindi dovrebbe prima provvedere alla revoca di detta funzione e successivamente all'assegnazione della stessa ad un OdV di nuova istituzione che potrebbe essere composto da uno o più componenti del collegio.

L'attribuzione della carica di OdV all'organo di controllo è in alcuni casi osteggiata tutt'oggi³⁷⁹; interessante è a tal proposito il documento firmato AODV sull'argomento³⁸⁰ e la recentissima proposta di riforma, sempre firmata AODV³⁸¹, che vorrebbe l'esclusione della possibilità di attribuire la nomina di OdV all'organo di controllo, ma fino a che non interverranno modifiche legislative, tuttavia sempre possibili, la possibilità, e non l'obbligo, rimane legittima.

In base alle indicazioni contenute nelle linee guida dell'IRDCEC³⁸², l'attribuzione della funzione di OdV da parte dell'organo dirigente avviene a favore dell'organo di controllo e non dei suoi singoli componenti e le duplici funzioni rimangono, nonostante la coordinazione, distinte tra loro. La natura di organo sociale del collegio sarebbe però prevalente su quella di OdV per cui le regole di funzionamento dell'Organismo non dovranno entrare in conflitto con quanto stabilito dalla legge a proposito del funzionamento dell'organo di controllo. Per quanto concerne i requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza questi sono per loro già previsti agli artt. 2397, 2399 c.c. e per quanto concerne il requisito di autonomia l'organo di controllo è già dotato ex lege di autonomi poteri di iniziativa e controllo nonché della "continuità di azione".

³⁷⁸ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 32.

³⁷⁹ Si veda nella prassi ad esempio GUARDIA DI FINANZA, *Volume III. Responsabilità amministrativa degli enti dipendenti da reato – Accertamento della responsabilità – Percorso operativo vol. I, Vol. II*, Circolare n. 83607, 19 marzo 2012, p. 22 e nella dottrina in merito a tutti gli organi di controllo BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Cedam, Wolters Kluwer, 2012, pp.16 - 21.

³⁸⁰ AODV, *La modifica dell'art. 6 del d.lgs. 231/2001: critica ragionata all'attribuzione al collegio sindacale della funzione di organismo di vigilanza*, 23 marzo 2012.

³⁸¹ AODV, *Proposta di riforma del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, 9 marzo 2016.

³⁸² IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, pp. 5 - 8; p. 11.

Per quanto concerne i requisiti essenziali le linee guida di Confindustria sottolineano che: a) la più recente giurisprudenza di merito ha sancito che la circostanza che nelle società di capitali anche il collegio sindacale possa svolgere la funzione di Organismo di vigilanza non comprime affatto il requisito dell'autonomia dell'organo ed in questo senso si è espressa la Corte d'Assise di appello di Torino³⁸³ affermando che la funzione di OdV “non comprime affatto il requisito dell'autonomia e dell'organo: in questo senso si è espressa la dottrina poi sviluppata che ha rimarcato la centralità dell'autonomia e dell'indipendenza di tali organi alla luce della chiara lettera dell'art. 2399, lettera c), del codice civile” e “la stessa giurisprudenza ha mostrato di non considerare in astratto la concentrazione di funzioni di controllo diverse in capo al medesimo organo come di per sé capace di svilire l'autonomia e l'indipendenza dell'Organismo di vigilanza”³⁸⁴, l'organo di controllo avrebbe anche necessariamente, ai sensi dell'art. 2382 c.c., il requisito di onorabilità; b) per quanto concerne la continuità di azione le linee guida semplicemente sottolineano che risulta essenziale che il collegio si riunisca con più frequenza che ogni 90 giorni e che istituisca flussi informativi idonei a realizzare l'inerenza ed il contatto diretto con la società e le aree sensibili a rischio reato; c) per quanto riguarda il requisito della professionalità le linee guida prevedono che esso debba essere oggetto di attenta verifica di sussistenza in capo ai componenti.

Nelle linee guida ABI³⁸⁵ l'attribuzione di tale carica al collegio sindacale era sconsigliata, ma ad oggi, a seguito della consultazione proposta da Banca d'Italia³⁸⁶ la posizione dell'ABI³⁸⁷ sembra essere sostanzialmente cambiata, e forse anche

³⁸³ Corte di Appello di Torino, 22 maggio 2013, n. 6.

³⁸⁴ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, aggiornate al marzo 2014, p. 64.

³⁸⁵ ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità delle banche*, febbraio 2004, p. 22.

³⁸⁶ BANCA D'ITALIA, *Documento per la consultazione. Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche. Sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa*, 4 settembre 2012, p. 13: “L'organo con funzione di controllo svolge altresì le funzioni dell'organismo di vigilanza - previsto ai sensi della legge n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti - che vigila sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione di cui si dota la banca per prevenire i reati rilevanti ai fini della medesima legge. Ove vi siano particolari e motivate esigenze, le banche possono affidare tali funzioni a un organismo appositamente istituito”.

³⁸⁷ ABI, *Position Paper in risposta alla procedura di consultazione della Banca d'Italia “Sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa”*, novembre 2012, p. 32: “Con riguardo alle funzioni dell'Organismo di Vigilanza (d.lgs. n. 231/01) il documento, a p.13, stabilisce che queste siano assegnate alla funzione di controllo, “salvo che per particolari e motivate esigenze, la banca non decida di affidare tali funzioni a un organismo appositamente istituito”. La disposizione crea ulteriori vincoli organizzativi rispetto a quelli previsti dalla norma primaria (d.lgs. 231/01), secondo cui la banca può assegnare sempre, e non solo quando ricorrano particolari e motivate esigenze, le funzioni dell'OdV ad organismo diverso da quello con funzione di controllo. Si ricorda che la formulazione originaria del d.lgs. n. 231/01 non disponeva dove allocare la funzione svolta dall'OdV, limitandosi a prevedere che l'OdV fosse “dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo”.

necessariamente cambiata, a seguito dell'introduzione all'art. 6 del comma 4 - *bis*, per cui si ammette la possibilità, seppur lasciandola come scelta facoltativa, che l'OdV coincida con l'organo di controllo³⁸⁸.

Secondo le linee guida di Confindustria³⁸⁹, con riferimento alla durata dell'incarico questa dovrà essere stabilita pari a quella stabilita nella delibera assembleare di nomina o nell'atto costitutivo in modo tale da allineare i termini di scadenza. Secondo l'IRDCEC³⁹⁰ nel caso in cui l'OdV sia il collegio sindacale si applicherebbe l'istituto della *prorogatio* ai sensi dell'art. 2400 c.c., quando invece normalmente, salvo espressa previsione, la cessazione per scadenza avrebbe effetto immediato. Secondo le linee guida di Confindustria l'accettazione dell'incarico sindacale comporta anche l'assunzione dei compiti (e delle responsabilità) derivanti dallo svolgimento della funzione di OdV, al contempo la cessazione dell'ufficio di sindaco dovrebbe porre termine all'incarico e ai compiti rientranti in tale ufficio³⁹¹.

Secondo l'IRDCEC³⁹², con riferimento al Presidente, il presidente dell'organo di controllo sarà chiamato a svolgere tale compito anche in relazione alla funzione di Organismo di vigilanza.

Per quanto si ritenga che il compito di OdV³⁹³ non possa essere assegnato al sindaco unico delle S.r.l., in quanto l'attribuzione al sindaco unico della funzione di OdV era stata in un primo momento espressamente inserita nel comma 4 - *bis*, art. 6, d.lgs. 231/2001 dal comma 2, art. 16 del d.l. 22 dicembre 2011, n. 212 e poi successivamente eliminata in sede di conversione del decreto legge (legge 17 febbraio 2012, n. 10), l'attribuzione della carica di OdV all'Organo di controllo

La legge di Stabilità per il 2012 ha correttamente chiarito che la scelta sull'allocazione dell'OdV non può che essere rimessa all'autonomia statutaria delle singole società, dipendendo anche dalla concreta articolazione, nella singola banca, del sistema dei controlli. Ne consegue che molte banche si sono, legittimamente, determinate verso l'istituzione di un apposito organismo, ritenendolo più funzionale ed altre, altrettanto legittimamente, hanno ritenuto più coerente affidare le funzioni dell'OdV al collegio sindacale o al consiglio di sorveglianza (o ad un comitato costituito al suo interno), in dipendenza del modello di governance adottato. Invece, la disposizione in consultazione riduce eccessivamente la necessaria flessibilità organizzativa in capo all'intermediario: si suggerisce dunque una riformulazione del testo che sia conforme al disposto della norma primaria".

³⁸⁸ Nessuna difficoltà vi era invece a ritenere che membro dell'OdV fosse un sindaco. ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità delle banche*, febbraio 2004, p. 25.

³⁸⁹ Ed anche ad avviso dell'IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 6.

³⁹⁰ IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 17.

³⁹¹ Così anche IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 7.

³⁹² IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 7.

³⁹³ IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 7.

sarebbe la soluzione preferita da parte della dottrina per le S.r.l. soprattutto nel caso in cui la nomina di tale organo sia del tutto facoltativa³⁹⁴.

I sindaci³⁹⁵ svolgono la funzione di OdV in modo collegiale, questo non esclude una ripartizione interna dei compiti che però comporta necessariamente un riesame collettivo del lavoro svolto. Secondo quanto stabilito dalla prassi³⁹⁶ il collegio ha una posizione privilegiata nell'esecuzione dei compiti di vigilanza attribuiti all'OdV in quanto ricopre un ruolo centrale e di coordinamento del sistema dei controlli sull'osservanza della legge ed anche dello statuto, sul rispetto del principio di corretta amministrazione e sulla adeguatezza delle scelte in tema di assetto organizzativo, amministrativo e contabile, controlli che possono considerarsi fortemente legati a quelli dell'Organismo di vigilanza. Le informazioni avute nell'ambito dello svolgimento di un incarico potranno ben essere utilizzate per lo svolgimento dell'altro realizzando delle necessarie efficienze interne. Va poi sottolineato che l'efficienza si apprezza anche sul piano delle riunioni periodiche (il collegio è tenuto a riunirsi almeno ogni novanta giorni) ed anche sul piano di acquisizione delle informazioni, in quanto i sindaci possono, anzi devono, partecipare alle riunioni degli organi sociali (art. 2405 c.c.), ottenere un periodico scambio di informazioni con gli amministratori, le strutture aziendali preposte ai controlli ed il revisore legale dei conti (artt. 2381, comma 5, 2403 - *bis*, 2409 - *septies* c.c.), espletare operazioni di ispezione e controllo (2403 - *bis* c.c.). Il piano delle attività di lavoro dovrà allora prendere in considerazione anche le attività svolte ai fini del controllo pertinente all'attività di collegio. Qualora manchino all'interno dell'organo di controllo le competenze adeguate esso si potrà sempre avvalere di consulenti esterni. Il libro dell'OdV dal quale risultano i verbali delle attività ed ispezioni dovrà essere un registro autonomo e differente dal libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'organo di controllo (qualora tenuto) ed anche la relazione finale periodica dovrà essere differente dalla relazione annuale come organo di controllo ai sensi dell'art. 2429 c.c. anche se in quest'ultima si dovrà dar conto sinteticamente dell'attività e

³⁹⁴ BARTOLOMUCCI S., *Rilevanza del modello societario e dell'assetto di corporate governance nella configurazione dell'Organismo di Vigilanza. Una riflessione critica*, in *Rivista* 231, 2-2007, p. 34.

³⁹⁵ IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 7.

³⁹⁶ IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, pp. 21 - 22; pp. 24 - 25.

delle risultanze di maggior rilievo rilevabili dall'attività svolta come Organismo di vigilanza.

Per quanto concerne il compenso la prassi ritiene che debba essere riconosciuto al collegio un "compenso separato ed ulteriore per lo svolgimento di tale funzione"³⁹⁷.

Sconsigliata infine, ai sensi dell'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 39/2010³⁹⁸, dalla dottrina³⁹⁹ la coincidenza tra OdV, organo di controllo ed incarico di revisione, ossia nel momento in cui l'OdV va a coincidere con l'organo di controllo questo non dovrebbe essere incaricato della revisione legale dei conti, ed in generale si ritiene che "non sia appropriato individuare i revisori legali dei conti quali membri dell'Organismo di vigilanza della società oggetto della loro revisione"⁴⁰⁰.

1.2.2 Organo di gestione come OdV

La possibilità che l'Organismo di vigilanza coincida con l'organo dirigente è la soluzione prevista dal Legislatore per gli enti di piccole dimensioni nell'ottica di agevolare l'attuazione della normativa ed in particolare la predisposizione di modelli di organizzazione e gestione anche in assenza di grandi risorse finanziarie all'uopo destinabili. A questo proposito sono due le considerazioni da effettuare:

- 1) in primo luogo è chiaro che la lettera della norma non indichi un criterio da utilizzare per verificare se l'ente sia o meno di "piccole dimensioni", il che rende la disposizione ambigua e dunque alquanto pericolosa qualora l'ente si dovesse trovare al vaglio della magistratura in sede giurisdizionale. Il criterio per valutare la dimensione infatti potrebbe essere sia qualitativo, come individuato dalle linee

³⁹⁷ BOIDI M. – FRASCINELLI R. – VERNERO P., *La compatibilità del Collegio Sindacale quale Organismo di Vigilanza ex D.lgs. 231/2001*, in *Rivista* 231, 4-2011, p. 155; IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013, p. 14.

³⁹⁸ Art. 10, comma 2: "Il revisore legale e la società di revisione legale non effettuano la revisione legale dei conti di una società qualora tra tale società e il revisore legale o la società di revisione legale o la rete sussistano relazioni finanziarie, d'affari, di lavoro o di altro genere, dirette o indirette, comprese quelle derivanti dalla prestazione di servizi diversi dalla revisione contabile, dalle quali un terzo informato, obiettivo e ragionevole trarrebbe la conclusione che l'indipendenza del revisore legale o della società di revisione legale risulta compromessa".

³⁹⁹ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, pp. 56 -57.

⁴⁰⁰ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 57.

guida di Confindustria e non solo⁴⁰¹, ed in tal caso la definizione di piccola dimensione si dovrebbe ricercare nell’“essenzialità della struttura interna gerarchica e funzionale piuttosto che in parametri quantitativi”⁴⁰², sia, ad esempio, potrebbe essere un criterio quantitativo come quello individuato dalla Guardia di Finanza⁴⁰³ (che accoglie la definizione comunitaria di cui alla raccomandazione della Commissione europea n. 2003/361/Ce in data 6 maggio 2003, ratificata con D.M. 18 aprile 2005, che all’art. 2, comma 2, prevede che siano di piccole dimensioni gli enti che non superano congiuntamente i limiti lì indicati⁴⁰⁴). Se si seguisse tale ultima posizione è da rilevare allora che tale previsione, così incerta, potrebbe riguardare “la parte predominante del tessuto imprenditoriale italiano, che è caratterizzato proprio da piccole e medie imprese”⁴⁰⁵. Per le società di capitali⁴⁰⁶ invece l’ente di piccole dimensioni potrebbe coincidere con quello che non supera le soglie dimensionali minime tali da rendere obbligatoria l’istituzione del collegio sindacale prevista dall’art. 2477 e ciò implicherebbe automaticamente l’esclusione delle S.p.A. Nessuno di questi criteri è però un criterio sufficientemente avallato dalla giurisprudenza né tantomeno dal Legislatore;

- 2) La seconda questione che merita una riflessione è che “l’astratta configurabilità di un ente come di “piccole dimensioni” non è sinonimo di rischi di scarsa rilevanza se solo si considera che questi partecipano a procedure ad evidenza pubblica per l’assegnazione di forniture o per l’erogazione di finanziamenti pubblici, mentre (solo a titolo di esempio) sono pressoché inalterati i rischi in materia infortunistica”⁴⁰⁷ ed ambientale, ed anzi, molto spesso le piccole realtà,

⁴⁰¹ Così anche Assobiomedica, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001*, novembre 2013, p. 54.

⁴⁰² CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, aggiornate al marzo 2014, p. 80.

⁴⁰³ GUARDIA DI FINANZA, *Volume III. Responsabilità amministrativa degli enti dipendenti da reato – Accertamento della responsabilità – Percorso operativo vol. I, Vol. II*, Circolare n. 83607, 19 marzo 2012, p. 23.

⁴⁰⁴ L’art. 2 in realtà prevede due criteri: al comma 2 prevede i limiti che caratterizzano le cd. “microimprese” (meno di 10 dipendenti e fatturato annuo o un totale attivo non superiore a 2 milioni di euro) ed al comma 3 le cd. “piccole imprese” (dipendenti compresi tra 10 e 49 che realizzano un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di euro).

⁴⁰⁵ VOLTAN F., *Riflessioni sulla nomina dell’Organismo di Vigilanza nelle società di piccole dimensioni*, in *Rivista231*, 4-2013, p. 161.

⁴⁰⁶ DE NICOLA A., *L’Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 95.

⁴⁰⁷ VOLTAN F., *Riflessioni sulla nomina dell’Organismo di Vigilanza nelle società di piccole dimensioni*, in *Rivista231*, 4-2013, p. 161.

in ragione della possibilità del datore di lavoro di accentrare in sé diverse funzioni, sono addirittura più soggette agli stessi.

La necessità che i componenti dell'Organismo di vigilanza debbano avere le professionalità necessarie al fine di operare efficacemente il controllo sull'ente in relazione al modello, con tecniche e strumenti ad hoc, e la previsione della possibilità che l'Organismo coincida con l'organo gestorio solo nel caso di enti di piccole dimensioni porterebbe secondo le linee guida di Confindustria ad "escludere che l'OdV possa coincidere col Consiglio di Amministrazione"⁴⁰⁸. Dello stesso avviso è parte maggioritaria della dottrina che assume una posizione restrittiva⁴⁰⁹ la quale sottolinea che siccome la coincidenza con l'organo gestorio è prevista solo per gli enti di piccola dimensione, per *argumentum a contrario* negli enti che piccoli non possono considerarsi ciò non sarebbe permesso. Questo divieto sussisterebbe anche in ragione del fatto che l'Organismo è deputato a vigilare sull'adeguatezza del modello per prevenire la commissione di reati presupposto commessi dai soggetti individuati dall'art. 5 del d.lgs. n. 231/2001 e tra questi soggetti, possibili autori dei reati presupposto, vi sono anche i soggetti apicali e dunque l'Organismo è deputato a verificare che il modello sia adeguato alla prevenzione di reati che in possibilità possono essere commessi anche dall'organo gestorio. La coincidenza tra l'Organismo e l'organo gestorio comporterebbe per l'Organismo l'impossibilità di giudicare sull'adeguatezza di procedure e prassi da esso stesso giudicate idonee ed eventualmente anche determinate come organo dirigente nonché anche in ragione del principio più volte affermato da dottrina e giurisprudenza della necessità di non coincidenza dei componenti dell'OdV con soggetti che hanno compiti gestori operativi⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, aggiornate al marzo 2014, p. 56.

⁴⁰⁹ Si veda ad esempio PISANI N., *I requisiti di autonomia e indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del D.lgs. 231/2001*, in *Rivista231*, 1-2008, pp. 155 - 160; VALENSISE P., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/01: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, Il Mulino, Fascicolo 2, dicembre 2009, pp. 366 -369 che esclude che l'Organismo possa coincidere con l'amministratore unico, l'amministratore delegato, il comitato esecutivo o il consiglio nella sua interezza.

⁴¹⁰ Si deve ricordare l'Ordinanza del G.i.p. Tribunale di Roma, 4 Aprile 2003, pp. 6 -7, nella quale si afferma: "Al riguardo, rileva il Giudice l'inidoneità dell'indicazione dell'... quale componente dell'organo di controllo, considerato che questi, essendo deputato a compiti di controllo interno, in quanto responsabile delle procedure del sistema ISO 9002 e della sicurezza all'interno della principale società operativa, potrebbe non possedere quei requisiti di autonomia e di indipendenza che dovrebbero caratterizzare l'organismo di vigilanza. Vi è un'indubbia commistione tra il ruolo di vigilanza impostogli dalla partecipazione all'organo di controllo e un ruolo di amministrazione attiva, quale deriva dalla concorrente situazione di responsabile della sicurezza e del sistema ISO 9002. Né si concorda con il perito che la circostanza che sia stato previsto un organo collegiale, costituito oltre che dal ... da altro professionista esterno al gruppo, sia di per sé sufficiente ad escludere pericoli di interferenza tra organo di controllo e società controllata".

Altra dottrina⁴¹¹ sottolinea che sarebbe anche sicuramente da escludere un Organismo che, seppur non coincidente con l'organo amministrativo, fosse comunque composto da soli consiglieri esecutivi.

La dottrina esclude poi la presenza nell'Organismo del Presidente e Vicepresidente del CdA, dei consiglieri esecutivi, degli amministratori con deleghe, dell'Amministratore Unico⁴¹². Nella prassi, come ad esempio nelle linee guida di Confindustria, generalmente si accetta la presenza di amministratori non esecutivi od indipendenti, mentre in alcuni casi, in dottrina, l'avversità verso questa soluzione si estenderebbe anche alla previsione di un Organismo di vigilanza collegiale a composizione mista nel quale sia membro un amministratore non esecutivo⁴¹³ o un amministratore indipendente⁴¹⁴, a prescindere dal sistema di amministrazione e controllo adottato, per le stesse ragioni su esposte. Verrebbe, infatti, scoraggiato, ai fini dell'efficacia esimente del modello, la presenza di un soggetto all'interno dell'Organismo che sia allo stesso momento controllore e controllato, anche se complessivamente l'Organismo possa dirsi indipendente perché lo sono la maggioranza dei suoi membri⁴¹⁵. Certamente la sua eventuale previsione non può configurarsi un motivo di incompatibilità, ma sicuramente un "vulnus all'autonomia e all'indipendenza dell'Organismo"⁴¹⁶, in ragione del fatto che, nonostante il soggetto possa essere sicuramente indipendente, esso sarebbe in fondo sempre e comunque un amministratore, obbligato a vigilare sulla gestione degli amministratori esecutivi ai sensi dell'art. 2381, comma 3 c.c., ed ad esprimersi in caso di non condivisione delle modalità di gestione, avrebbe, come parte del consiglio, poteri di avocazione ai sensi dell'art. 2381, comma 3 c.c. e condividerebbe con gli altri amministratori comunque

⁴¹¹ VALENSISE P., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/01: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, Il Mulino, Fascicolo 2, dicembre 2009, p. 367.

⁴¹² BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Cedam, Wolters Kluwer, 2012, pp. 20 -21.

⁴¹³ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 61.

⁴¹⁴ Favorevole all'Amministratore indipendente come organismo monocratico nelle imprese di minori dimensioni sono PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 35.

⁴¹⁵ Alcuni autori come BARTOLOMUCCI S., *Rilevanza del modello societario e dell'assetto di corporate governance nella configurazione dell'Organismo di Vigilanza. Una riflessione critica*, in *Rivista231*, 2-2007, p. 30 ritengono che la valutazione dei requisiti legali non sul singolo componente, ma cumulativamente sull'Organismo stesso, possa essere ritenuta "opportunistica e riduttiva".

⁴¹⁶ PISANI N., *I requisiti di autonomia e indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del D.lgs. 231/2001*, in *Rivista231*, 1-2008, p. 160; si veda a tal proposito anche l'ordinanza del G.i.p. del Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007.

la responsabilità ex art. 2392 c.c. delle scelte gestorie che saranno condivise nel momento in cui non saranno state messe in discussione nelle sedi appropriate.

Posizione estensiva⁴¹⁷ nettamente diversa si individua nelle linee guida ABI che, nell'individuare la migliore composizione dell'OdV, prevedono per questo una composizione *ad hoc* "con la presenza di uno o più amministratori non esecutivi (o indipendenti) che diano garanzia di effettività sul controllo dell'alta amministrazione e di omogeneità di indirizzo (...). Una ulteriore possibilità potrebbe essere quella attribuire detta funzione di controllo ad un organismo composto da soli amministratori non esecutivi o indipendenti, secondo il modello, già noto alle banche quotate, del comitato di *audit*."⁴¹⁸

1.2.3 Comitato controllo e rischi (CCR) ed OdV

Nell'ambito delle società quotate si potrebbe configurare la possibilità di nominare come OdV il comitato controllo e rischi in quanto deputato alla valutazione e al monitoraggio del sistema di controllo interno tra cui rientra anche il MOG, composto almeno da amministratori non esecutivi e per la maggioranza indipendenti. Secondo parte della dottrina⁴¹⁹ le medesime considerazioni operate in relazione alla configurabilità di un Organismo coincidente con l'organo gestorio, o nel quale vi siano nominati componenti dell'organo gestorio, anche indipendenti, si ripropongono anche in questo caso. Infatti, nonostante l'art. 7.P.4.⁴²⁰ del codice di autodisciplina

⁴¹⁷ Sostenuta in dottrina anche dall'Avv. Paolo Montalenti in MONTALENTI P., *Struttura e ruolo dell'organismo di vigilanza nel quadro della riforma del diritto societario*, in BIANCHINI M. – DI NOIA C., *I controlli societari, molte regole nessun sistema*, Milano: Egea, 2010, p. 96.

⁴¹⁸ ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità delle banche*, febbraio 2004, p. 22. L'ABI individua anche le caratteristiche affinché un amministratore possa essere nominato membro dell'Organismo: "Ove un amministratore sia nominato membro dell'organismo di vigilanza, si ritiene opportuno che questi sia un consigliere non esecutivo ovvero non esecutivo indipendente. In aggiunta, quindi, ai requisiti di professionalità e di onorabilità previsti, per tutti gli amministratori, dalla legislazione speciale dettata dalle richiamate Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, detto amministratore non esecutivo indipendente dovrà: non intrattenere, direttamente, indirettamente, relazioni economiche (quali ad esempio, oltre a quelle di cui al punto successivo, l'avere intrattenuto prestazioni professionali nell'anno in corso e nel precedente; l'avere rapporti di natura commerciale nell'anno in corso e nel precedente, ecc.) con la società, con le sue controllate, con gli amministratori esecutivi, con l'azionista o gruppo di azionisti che controllano la società, di rilevanza tale da condizionarne l'autonomia di giudizio, valutata anche in relazione alla condizione patrimoniale soggettiva della persona fisica in questione²³; ? non essere titolare, direttamente o indirettamente, di partecipazioni azionarie di entità tale da permettergli di esercitare il controllo o una influenza notevole sulla società; ? non sia stretto familiare di amministratori esecutivi della società o di soggetti che si trovino nelle situazioni indicate nei punti precedenti".

⁴¹⁹ VALENSISE P., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/01: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, Il Mulino, Fascicolo 2, dicembre 2009, pp. 368 - 369.

⁴²⁰ COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di Autodisciplina*, luglio 2014, pp. 29 -30: "Il comitato controllo e rischi è composto da amministratori indipendenti. In alternativa, il comitato può essere

preveda anche la possibilità di una composizione del comitato realizzata esclusivamente da amministratori indipendenti (composizione obbligatoria nel caso in cui l'emittente sia controllata da altra società quotata o sia soggetta all'attività di direzione e coordinamento di un'altra società), le problematiche, prima analizzate in relazione alla presenza di tali figure nell'Organismo, si ripropongono, tali e quali, per chi sostiene che questa configurazione non garantirebbe l'autonomia e l'indipendenza dell'Organismo⁴²¹.

Secondo altra parte della dottrina⁴²² e secondo le linee guida di Confindustria⁴²³ invece il comitato controllo e rischi sarebbe idoneo a svolgere i compiti assegnati all'OdV in quanto dotato dei requisiti di autonomia ed indipendenza a seguito della sua composizione di amministratori non esecutivi e per la maggioranza indipendenti ed in quanto svolgerebbe già un ruolo assimilabile a quello dell'Organismo, ossia un ruolo di presidio al sistema dei controlli interni dell'impresa.

1.2.4 Internal Audit, Compliance Officer ed OdV

In subordine all'attribuzione del ruolo al Comitato controllo e rischi che risulta, secondo quanto in quella sede sostenuto, preferibile, le linee guida di Confindustria prevedono la possibilità di attribuire la nomina di Organismo alla funzione di *Internal Audit*⁴²⁴ per le insite competenze in materia di *Risk Assessment* e controllo interno e per il ruolo chiave che la funzione riveste nell'impresa nell'ambito del monitoraggio delle attività. Le linee guida sanciscono che “in definitiva, già oggi a questa funzione viene attribuito - oltre al compito di effettuare

composto da amministratori non esecutivi, in maggioranza indipendenti; in tal caso, il presidente del comitato è scelto tra gli amministratori indipendenti. Se l'emittente è controllato da altra società quotata o è soggetto all'attività di direzione e coordinamento di un'altra società, il comitato è comunque composto esclusivamente da amministratori indipendenti. Almeno un componente del comitato possiede un'adeguata esperienza in materia contabile e finanziaria o di gestione dei rischi, da valutarsi da parte del consiglio di amministrazione al momento della nomina”.

⁴²¹ Una delle posizioni contrarie è di BARTOLOMUCCI S., *Rilevanza del modello societario e dell'assetto di corporate governance nella configurazione dell'Organismo di Vigilanza. Una riflessione critica*, in *Rivista231*, 2-2007, pp. 23 - 35.

⁴²² PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, pp. 43 - 44.

⁴²³ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, aggiornate al marzo 2014, pp. 66 - 67.

⁴²⁴ Contrario BARTOLOMUCCI S., *Rilevanza del modello societario e dell'assetto di corporate governance nella configurazione dell'Organismo di Vigilanza. Una riflessione critica*, in *Rivista231*, 2-2007, pp. 23 - 35.

indagini di carattere ispettivo -” come indagini di *Compliance* e *Fraud Auditing*, “anche quello di verificare l’esistenza e il buon funzionamento dei controlli idonei a evitare il rischio di infrazioni alle leggi in generale, tra cui, ad esempio, quelle sulla sicurezza, sulla protezione dell’ambiente e in materia di privacy. Trattasi di verifiche che riguardano anche i comportamenti quotidiani (...) che attengono, quindi *latu sensu*, anche all’etica individuale ed aziendale”⁴²⁵. Secondo parte della dottrina occorrerebbe però la funzione rispondesse non al vertice esecutivo aziendale come sostengono le linee guida di Confindustria, bensì, ove presente, all’organo collegiale (consiglio di amministrazione o consiglio di gestione) rappresentando così un organo di *staff* all’organo di gestione⁴²⁶.

Altra funzione di controllo che ipoteticamente potrebbe essere nominata OdV è il *compliance officer*, organo presente nel contesto assicurativo, nelle banche e nelle società d’intermediazione mobiliare e di gestione del risparmio⁴²⁷. Inizialmente regolato dall’articolo 16 della deliberazione n. 5387 della CONSOB⁴²⁸ ai sensi dell’art. 6, comma 1, lett. h) della legge n. 1 del 2 gennaio 1991 e successivamente regolato dall’art. 16 del regolamento cd. “congiunto” della Banca d’Italia e della CONSOB⁴²⁹ ai sensi degli articoli 6, comma 2-*bis*, e 201, comma 12, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e, per il settore assicurativo, dagli artt. 22 e ss. del regolamento ISVAP n. 20 del 26 marzo 2008. In dottrina⁴³⁰, a questo proposito, si rileva una posizione favorevole a che questo organo faccia parte dell’OdV, in modo anche da favorirne l’adozione nelle società diverse da quelle nelle quali è previsto, ma si ritiene preferibile che non coincida con esso in quanto le funzioni e le attività svolte dai due soggetti avrebbero connotati del tutto differenti. Nel caso del *compliance officer* si avrebbe un ufficio la cui funzione sarebbe quella di svolgere essenzialmente un controllo di secondo livello⁴³¹, mentre nel caso dell’OdV

⁴²⁵ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, aggiornate al marzo 2014, p. 68.

⁴²⁶ VALENSISE P., *L’organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/01: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell’Economia*, Il Mulino, Fascicolo 2, dicembre 2009, p. 377.

⁴²⁷ ANACLERIO M. (et al.), *Internal Auditing*, Milano: Ipsoa, Wolters Kluwer, 2011, p. 32.

⁴²⁸ Legge n. 1 del 2 gennaio 1991 alla quale aveva fatto seguito la deliberazione CONSOB n. 5387 del 2 luglio 1991.

⁴²⁹ Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio (Adottato dalla Banca d’Italia e dalla Consob con provvedimento del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con atti congiunti Banca d’Italia/Consob del 9 maggio 2012, del 25 luglio 2012 e del 19 gennaio 2015).

⁴³⁰ COLONNA F., *I rapporti di Compliance Officer e Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 1-2008, p. 122.

⁴³¹ In questo senso COLONNA F., *I rapporti di Compliance Officer e Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 1-2008, p. 122; BOSSI D.– BORTOLOTTI M., *Vigilanza e controllo: i ruoli dell’Organismo di Vigilanza e dell’Internal Auditing*, in *Rivista231*, 1-2013, p. 110.

tenderebbe più ad esplicare un controllo “addirittura di quarto livello, ulteriore quindi anche a quello del cd. *internal audit*”⁴³² e dunque sarebbe fondamentale l’integrazione della compagine con ulteriori figure depositarie di differenti esperienze e competenze.

Questa soluzione è stata indicata come preferita dalle linee guida emanate dall’Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici⁴³³.

La dottrina⁴³⁴ infine esclude che l’Organismo possa coincidere con la funzione antiriciclaggio in ragione dei compiti operativi ai quali è dedicata e sconsiglia che coincida con la funzione di *Risk Management* in quanto troppo operativa, troppo specifica e priva delle tipiche qualifiche giuridiche, ispettive e di controllo che devono essere proprie dell’Organismo di vigilanza.

1.2.5 OdV e posizioni specifiche in giurisprudenza

Per quanto concerne le posizioni della giurisprudenza queste che seguono sono state le più importanti pronunce sulla composizione dell’OdV. È da rilevare che queste pronunce non sono tutte in accordo tra loro, in alcuni casi si riscontrano delle incongruenze di posizione, ma del resto ciò è inevitabile in ragione della natura del nostro ordinamento che non assurge a criterio cardine lo *stare decisis* giurisprudenziale. Ciononostante risulta fondamentale la considerazione di tali, seppur in parte difformi, posizioni vista la pesante laconicità della normativa.

La giurisprudenza ha ritenuto incompatibile con l’incarico di OdV “siccome privo del requisito dell’autonomia e dell’indipendenza, il soggetto che, benché non in posizione apicale, prenda parte, all’interno dell’ente, ai processi decisionali”⁴³⁵ ed in particolare il deputato a compiti di controllo interno in quanto responsabile delle procedure del sistema ISO 9002 e della sicurezza all’interno della principale società operativa.

Il Tribunale di Roma così si pronuncia negativamente sulla partecipazione all’OdV di un soggetto che, seppur non apicale, abbia compiti operativi, in questo

⁴³² COLONNA F., *I rapporti di Compliance Officer e Organismo di Vigilanza*, in *Rivista* 231, 1-2008, p. 122.

⁴³³ ANIA, *Linee Guida per il settore assicurativo ex art. 6, com.3, D.Lgs 231/01*, febbraio 2008, p. 13.

⁴³⁴ DE NICOLA A., *L’Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 79.

⁴³⁵ BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell’ente e responsabilità civile dell’Organismo di Vigilanza*, Milano: Cedam, Wolters Kluwer, 2012, p. 8.

caso il responsabile del sistema di gestione ISO 9002: “Al riguardo, rileva il Giudice l’inidoneità dell’indicazione dell’... quale componente dell’organo di controllo, considerato che questi, essendo deputato a compiti di controllo interno, in quanto responsabile delle procedure del sistema ISO 9002 e della sicurezza all’interno della principale società operativa, potrebbe non possedere quei requisiti di autonomia e di indipendenza che dovrebbero caratterizzare l’organismo di vigilanza. Vi è un’indubbia commistione tra il ruolo di vigilanza impostogli dalla partecipazione all’organo di controllo e un ruolo di amministrazione attiva, quale deriva dalla concorrente situazione di responsabile della sicurezza e del sistema ISO 9002. Né si concorda con il perito che la circostanza che sia stato previsto un organo collegiale, costituito oltre che dal ... da altro professionista esterno al gruppo, sia di per sé sufficiente ad escludere pericoli di interferenza tra organo di controllo e società controllata. Si consideri che nelle linee guida fissate in sede di codice comportamentale predisposto dall’Ance viene evidenziata la necessità di assicurare “sempre la separazione e l’indipendenza gerarchica tra coloro che elaborano la decisione, coloro che la attuano e chi è tenuto a svolgere i controlli”⁴³⁶.

Contrariamente a quanto affermato nella pronuncia appena descritta⁴³⁷, che valuta negativamente il fatto che un componente dell’OdV abbia anche compiti operativi, il Tribunale di Pinerolo⁴³⁸ ha ritenuto idoneo un modello dove l’OdV era composto dal *Compliance officer* di gruppo, da un soggetto dell’area amministrazione, finanza e controllo e da un soggetto dell’area risorse umane.

In senso conforme al Tribunale di Roma si esprime invece anche la Corte di appello di Torino⁴³⁹, per il caso “Thyssen Krupp”, che ritiene inadeguato l’OdV, e dunque inefficace il modello, a causa della sua composizione in ragione della partecipazione del Responsabile dell’Area Ecologia, Ambiente e Sicurezza il quale era anche RSPP dello stabilimento sito in Torino⁴⁴⁰.

La corte così si esprime: “X era stato nominato contemporaneamente membro dell’Organismo di Vigilanza e Responsabile dell’Area Ecologia, Ambiente e Sicurezza, e ciò fino alla data della sua audizione nel processo- 26.3.2010-. Secondo

⁴³⁶ G.i.p. Tribunale di Roma, ordinanza 4 aprile 2003.

⁴³⁷ Ibidem.

⁴³⁸ Tribunale di Pinerolo, 25 settembre 2012, n. 309.

⁴³⁹ Corte di Assise di Appello di Torino, 22 maggio 2013, n. 6.

⁴⁴⁰ Per una dettagliata analisi della sentenza si veda quanto scritto dal Magistrato SCARCELLA A., *Responsabilità amministrativa da reato e Thyssen: senza autonomia dell’OdV non al modello riparatorio*, in *Rivista231*, 2-2012, pp. 253 - 264.

la Corte, questo stava ad attestare che l'Organismo di Vigilanza non possedeva alcuna autonomia nei suoi poteri di controllo e di iniziativa, condizione questa che la stessa legge -art. 6 lett. b- impone per poter ritenere efficacemente attuato il modello organizzativo di vigilanza (...) la composizione dell'Organismo di Vigilanza è essenziale perché lo stesso Modello possa ritenersi *efficacemente attuato* (art. 6 lett. a). A sua volta l'OdV deve essere *dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo* (art. 6 lett. b). Ciò significa che deve sempre essere garantita l'autonomia dell'iniziativa di controllo dell'OdV da ogni forma di interferenza e/o di condizionamento da parte di qualunque componente dell'ente. La Difesa cita le successive linee guida della Confindustria per dimostrare la complessità dei compiti che il D.Lgs. 231/2001 attribuiva agli enti. Ma sono proprio tali linee guida a rimarcare che l'autonomia dovrà in primo luogo sussistere rispetto all'organo dirigente, e che è altrettanto indispensabile che all'OdV non siano attribuiti compiti operativi. Le stesse linee ribadiscono che, quando -come per la Y- l'OdV abbia composizione plurisoggettiva, anche i componenti provenienti dall'ente non devono svolgere funzioni operative (...) La Difesa non coglie come il fatto che l'Area EAS si occupava operativamente di manutenzione degli impianti e di organizzazione del Servizio di Emergenza (cioè di due settori che rientravano in quelli sui quali l'OdV era chiamato a svolgere le sue verifiche e i suoi controlli) escludesse qualunque autonomia dell'OdV. Le verifiche infatti avrebbero riguardato l'operato di un dirigente, chiamato ad essere giudice di se stesso, e dotato pure di poteri disciplinari (art. 6.2 lett e D.Lgs.). L'accettazione di un tale conflitto di interessi (di cui si rese conto pure l'Ing. X) da parte della Y denota la sua propensione a strutturare il Modello e l'Organo in termini burocratici e di facciata e non di effettiva prevenzione dei reati⁴⁴¹.

Tali considerazioni sono state confermate dalla Cassazione con la sentenza del 2014⁴⁴², per cui si può affermare che sia vivamente sconsigliata la presenza all'interno dell'OdV di soggetti che svolgono compiti di tipo operativo, da riferirsi anche ai compiti di tipo manageriale, siano anche solo referenti di un'area a rischio reato dello stesso ente.⁴⁴³

⁴⁴¹ Corte di Assise di Appello di Torino, 22 maggio 2013, n. 6, pp. 329 - 330.

⁴⁴² Cass. SS. UU., 18 settembre 2014, n. 38343.

⁴⁴³ Per approfondimenti in merito alla sentenza si veda LEDDA F., *Caso Thyssenkrupp. Cassazione settembre 2014. Composizione dell'OdV e idoneità dei modelli organizzativi. Spunti di riflessione*, in *Rivista* 231, 1-2015, pp. 265 -271.

Il Tribunale di Roma si esprime negativamente anche in riferimento all'attribuzione della carica di OdV agli organi sociali: "Evidente, infatti, che al fine di garantire efficienza e funzionalità l'organismo di controllo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell'attività dell'ente, potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche. Al riguardo appare auspicabile che si tratti di un organismo di vigilanza formato da soggetti non appartenenti agli organi sociali, soggetti da individuare eventualmente ma non necessariamente, anche in collaboratori esterni, forniti della necessaria professionalità, che vengano a realizzare effettivamente "quell'organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controlli"⁴⁴⁴.

Il Tribunale di Napoli si esprime negativamente nella partecipazione alla composizione dell'OdV di un soggetto con carica di amministratore nella società controllata⁴⁴⁵.

È stata valutata positivamente dal Tribunale di Milano⁴⁴⁶ la scelta di realizzare un Organismo monocratico nella persona del Preposto al controllo interno nonché responsabile dell'*Internal Auditing*. Anche se la Suprema Corte⁴⁴⁷ ha riformato la sentenza di Appello (confermativa) sul presupposto che l'*Internal Audit* era alle dirette dipendenze del proprio presidente, la cesura dei giudici di legittimità appare diretta non verso la figura dell'*Internal Auditor*, ma verso la condizione di subordinazione che nella fattispecie concreta il responsabile di quella funzione aveva nei confronti del Presidente della Società.

Si rammenta infine che la scelta di realizzazione di un Organismo monocratico è stata ritenuta inadeguata se non ben ponderata in relazione alle caratteristiche dell'ente dal Tribunale di Parma, nell'ordinanza del 26 maggio 2015, la quale sostiene l'inadeguatezza dell'OdV monocratico nel caso in cui la società

⁴⁴⁴ G.i.p. Tribunale di Roma, ordinanza 4 aprile 2003.

⁴⁴⁵ G.i.p., Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007.

⁴⁴⁶ G.i.p., Tribunale di Milano, 17 novembre 2009: "Con la approvazione del modello organizzativo la (A) costituiva l'organo di vigilanza (Compliance Officer: CO), di composizione monocratica, regolato secondo le linee guida di Confindustria. Tale posizione veniva ricoperta dal Preposto al controllo interno nonché responsabile dell'*internal auditing* (si trattava perciò di un soggetto di provata esperienza e professionalità nello svolgimento dell'incarico di vigilanza). Tale figura veniva inoltre sganciata dalla sottoposizione alla Direzione Amministrazione, Finanza e Controllo e posta alle dirette dipendenze del Presidente. Oltre alla introduzione di specifiche norme che stabilivano i flussi informativi verso il CO, il modello approvato da (A) stabiliva degli obblighi di verifica annuale per i principali atti societari e per la validità delle procedure di controllo (tale attività era comunque il proseguimento di analoghe operazioni compiute negli anni precedenti dal responsabile dell'*internal auditing*)".

⁴⁴⁷ Cass. Pen., 18 dicembre 2013, n. 4677.

avesse trascorsi negativi e quindi necessitasse di un sistema più incalzante di vigilanza.

1.2.6 Gruppi societari ed OdV

Il gruppo di società è ad oggi una realtà economica molto diffusa e, nonostante questo, in ragione dell'autonomia giuridica dei soggetti che ne fanno parte, molto poco spesso considerata dal Legislatore se non in modo frammentario⁴⁴⁸. Anche nel contesto del d.lgs. n. 231/2001, nonostante i successivi aggiornamenti anche strutturali⁴⁴⁹, non si fa alcun cenno a questa realtà economica lasciando alla prassi, alla dottrina e alla giurisprudenza l'interpretazione dello stesso decreto alla luce della realtà e delle specificità del gruppo.

Le principali domande che si sono poste in dottrina sull'Organismo di vigilanza in relazione ai gruppi di società sono se l'appartenenza di una società ad un gruppo abbia una qualche incidenza nella composizione dell'Organismo di vigilanza e se la composizione possa avere delle ripercussioni in termini di attribuzione della responsabilità amministrativa dell'ente⁴⁵⁰; “le esigenze di centralizzazione e di economia spesso avvertite all'interno dei gruppi, potrebbero indurre alla costituzione di un unico organismo di vigilanza per tutto il gruppo⁴⁵¹. Tale soluzione non appare tuttavia praticabile”⁴⁵². Il dato normativo è chiaro nel richiedere che l'ente nomini un proprio Organismo, così come è chiaro che ciascuna società del gruppo debba avere un proprio modello calibrato sulle proprie caratteristiche⁴⁵³. La dottrina⁴⁵⁴ è sostanzialmente d'accordo nel ritenere che l'organismo sia dell'ente nel momento in cui l'Organismo è stato nominato dall'organo gestorio dell'ente, “il terminale di questo ragionamento è la considerazione che, di per sé, persino la riproposizione della stessa compagine in più di un Organismo di Vigilanza non porta necessariamente

⁴⁴⁸ Si veda a questo proposito MONTALENTI P., *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, Analisi Giuridica dell'Economia, Fascicolo 3, dicembre 2009, pp. 383 - 384.

⁴⁴⁹ Si veda a tal proposito il Capitolo I, paragrafo 2.1.

⁴⁵⁰ Per le considerazioni in merito si rinvia al Capitolo I, paragrafo 2.6.

⁴⁵¹ Soluzione sconsigliata anche in ACIERNO R., *Modelli 231 a misura di controllate*, Il SOLE 24 ORE, 27 ottobre 2014, p. 27.

⁴⁵² VALENSISE P., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/01: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, Il Mulino, Fascicolo 2, dicembre 2009, p. 365.

⁴⁵³ Necessità espressa anche da CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, Aggiornate al marzo 2014, p. 75.

⁴⁵⁴ LECIS U., *L'organismo di Vigilanza nei gruppi di società*, in *Rivista231*, 2-2006, p. 46.

obiezione al primo requisito dell'Organismo stesso, cioè il suo essere dell'ente. Teoricamente, potremmo avere, quindi, tanti organismi identici quante sono le società del gruppo, purché gli stessi organismi siano, a loro volta, correttamente inquadrati nelle rispettive società, siano nominati dai rispettivi organi dirigenti, sorveglino i rispettivi modelli organizzativi, partecipino dei rispettivi flussi informativi e così via”⁴⁵⁵.

Contrarie alla composizione dell'Organismo con i medesimi componenti sono però le linee guida di Confindustria⁴⁵⁶, non per l'inadeguatezza in sé della scelta, ma per il pericolo di estensione della responsabilità individuata in relazione ad una società ad altre società del gruppo⁴⁵⁷. Naturalmente quella di tanti organismi tutti con gli stessi componenti è comunque una soluzione più teorica che pratica, tale impostazione ad avviso della dottrina⁴⁵⁸, infatti, potrebbe rispettare anche i requisiti di professionalità, autonomia ed indipendenza⁴⁵⁹, ma affinché possa essere rispettato anche il requisito della continuità di azione si ritiene necessario che, anche a fronte della partecipazione di soggetti che trasversalmente siano comuni ai diversi OdV nominati e che permettano un maggiore coordinamento anche a fronte della concentrazione nella capogruppo di particolari funzioni, quali ad esempio la funzione amministrativa o la funzione di controllo interno, vi debbano essere nell'Organismo anche soggetti interni che permettano l'inerenza ed il monitoraggio continuo delle attività soprattutto nei gruppi nei quali le società siano lontane geograficamente o lontane nelle aree di *business*.

D'altro canto nei gruppi non parrebbe però neanche necessario istituire “ODV in tutte le società senza possibilità di deroga; necessaria è invece la previsione di

⁴⁵⁵ LECIS U., *L'organismo di Vigilanza nei gruppi di società*, in *Rivista231*, 2-2006, p. 47. Ammette la possibilità di composizione degli OdV delle singole società del gruppo con medesima compagine soggettiva, fatto salvo l'obbligo di riservatezza, MONTALENTI P., *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, Analisi Giuridica dell'Economia, Fascicolo 3, dicembre 2009, p. 395.

⁴⁵⁶ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, aggiornate al marzo 2014, p. 75.

⁴⁵⁷ Altro aspetto che potrebbe incidere nella risalita della responsabilità è l'eventualità che le stesse persone ricoprano più posizioni di vertice nelle società del gruppo, si veda ACIERNO R., *Modelli 231 a misura di controllate*, Il SOLE 24 ORE, 27 ottobre 2014, p. 27.

⁴⁵⁸ LECIS U., *L'organismo di Vigilanza nei gruppi di società*, in *Rivista231*, 2-2006, pp. 47 - 48.

⁴⁵⁹ Importante sottolineare che il requisito di indipendenza dei componenti dell'OdV di una capogruppo deve sussistere anche con riferimento alle società controllate e non solo rispetto alla società per la quale riveste la carica: “In ragione dei rapporti esistenti tra gli organismi di vigilanza delle società del gruppo (v. punto 7.4.3) e soprattutto dei rapporti infragruppo (disciplinati al punto 8) desta perplessità che un membro dell'organismo di vigilanza della società capogruppo, titolare di un potere di controllo sulle prestazioni di servizio effettuate dalla medesima in favore delle società appartenenti al gruppo, ricopra all'interno delle società controllate la carica di membro del consiglio di amministrazione”, G.i.p., Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007.

procedure di raccordo tra ODV della capogruppo e ODV delle controllate”⁴⁶⁰, quindi non è efficiente né tantomeno efficace la costituzione di OdV in tutte le società del gruppo in modo aprioristico, ma ad esempio⁴⁶¹ possono essere istituiti OdV collegiali nelle società più importanti da coordinarsi con l’OdV della capogruppo ed OdV monocratici nelle controllate di minor rilievo ai fini della normativa; l’OdV della capogruppo svolgerà una funzione di coordinamento (soprattutto per quanto riguarda i processi integrati che involgono l’attività di più società del gruppo o i processi dati in *outsourcing* ad una o più società del gruppo, nell’aspetto formativo, attraverso la condivisione delle risorse e di circolazione delle informazioni contrattualmente regolamentate) e di supporto, anche attraverso la definizione di principi comuni (attraverso la predisposizione e la condivisione di linee guida di gruppo per la predisposizione di modelli) od attraverso attività di consulenza contrattualmente regolamentata, ma non come OdV di gruppo, bensì come OdV della capogruppo che attraverso il coordinamento migliora il funzionamento degli OdV delle singole società. Tutti gli OdV dovrebbero poi considerarsi in senso paritetico sullo stesso piano.

In sostanza, ogni società è un soggetto giuridico a sé stante, con una sua realtà organizzativa propria e con propri livelli di rischio, dunque la scelta legittima sarà la scelta ponderata sulla specifica realtà che porterà a decidere in merito ad una composizione mono soggettiva piuttosto che plurisoggettiva, di un organismo completamente interno, esterno o misto, magari nella identità dei suoi componenti in parte “condiviso”. Gli organismi così costituiti dovranno considerarsi ad un livello paritetico “evitando di prevedere poteri di ingerenza e/o ispezione dell’OdV della capogruppo nei confronti dell’attività svolta dagli OdV delle società controllate”⁴⁶². Infine sicuramente sarà necessario che tra tutti gli OdV nominati vi sia stretta collaborazione (ad esempio invitando le controllate ad adottare il modello, promuovendo interventi formativi, comunicando le *best practies* in tema di prevenzione dei reati, ma anche eventualmente prevedendo una piattaforma comune

⁴⁶⁰ MONTALENTI P., *Struttura e ruolo dell’organismo di vigilanza nel quadro della riforma del diritto societario*, in BIANCHINI M. – DI NOIA C., *I controlli societari, molte regole nessun sistema*, Milano: Egea, 2010, p. 98.

⁴⁶¹ MONTALENTI P., *Struttura e ruolo dell’organismo di vigilanza nel quadro della riforma del diritto societario*, in BIANCHINI M. – DI NOIA C., *I controlli societari, molte regole nessun sistema*, Milano: Egea, 2010, p. 95.

⁴⁶² PIROLA G. – OCCHETTA L., *L’Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 51.

nella quale vengono inseriti i documenti informativi, le pronunce giurisprudenziali di interesse) per quanto attiene ai necessari profili comuni o condivisi che non sconfini mai nell'ingerenza. I cinque principi essenziali di buona prassi da seguire dunque sono: “1) un modello per ogni società del gruppo (per prevenire i reati presupposto, ogni società del gruppo è chiamata a svolgere autonomamente l'attività di predisposizione e revisione del proprio modello organizzativo; 2) un organismo per ogni società (per escludere la responsabilità amministrativa è importante che ogni società del gruppo nomini un proprio Organismo di vigilanza, ciascuno con diversi componenti; 3) funzioni apicali a soggetti diversi (per evitare una configurazione della responsabilità della società controllante per i reati commessi dalla controllata è opportuno evitare che gli stessi soggetti rivestano ruoli apicali presso più società del gruppo; 4) l'azione di impulso della *holding* (la *holding* può sollecitare l'adozione e l'attuazione da parte di tutte le società del gruppo di propri modelli organizzativi; non deve partecipare all'elaborazione o revisione dei modelli, né dare indicazioni vincolanti; 5) supporto da parte dell'*Internal Audit* (la funzione dell'*internal auditing* della capogruppo può supportare il management delle controllate promuovendo la coerenza dell'approccio 231 rispettando l'autonomia di ogni società)”.⁴⁶³

1.2.7 Odv come persona giuridica

Sulla scorta delle riflessioni circa la possibilità che una società possa essere o meno amministratore di una società, soluzione talvolta adottata nella prassi⁴⁶⁴ ed oggi ammessa ufficialmente anche a seguito della massima del Consiglio Notarile di Milano⁴⁶⁵, si inserisce la riflessione di alcuni autori⁴⁶⁶ circa la possibilità per una società di rivestire il ruolo di Organismo di vigilanza, posto che la definizione “organismo dell'ente” lo consentirebbe e che i requisiti fondamentali che si ritiene che debbano avere i componenti dell'Organismo possono essere richiesti per analogia

⁴⁶³ ACIERNO R., *Modelli 231 a misura di controllate*, Il SOLE 24 ORE, 27 ottobre 2014, p. 27.

⁴⁶⁴ Sulla base delle previsioni dell'art. 5 del d.lgs. 240/1991, dell'art. 2361, comma 2 c.c., dell'art. 111 - *duodecies* delle disposizioni per l'attuazione del Codice Civile e dell'art. 47.1 reg. UE 2157/2001 in tema di società europea.

⁴⁶⁵ Massima n. 100 (Amministratore persona giuridica di società di capitali (artt. 2380-bis e 2475 c.c.)) del Consiglio notarile di Milano, reperibile su www.consiglionotarilemilano.it, 18 maggio 2007.

⁴⁶⁶ Si veda CARDANI G., *E se l'Organismo di Vigilanza e Controllo fosse una persona giuridica?* in *Rivista231*, 2-2008, pp. 215 -221; INSINGA L. – PISANI P., *Riflessioni sulla libertà organizzativa dell'ente nella nomina dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 2-2013, pp. 135 - 143.

anche alla persona giuridica nonché ai suoi delegati⁴⁶⁷. Questa soluzione ad avviso dell'Avv. Giacomo Cardani⁴⁶⁸, nel 2008 direttore affari generali di Fininvest, si potrebbe attuare, ma solo qualora sussista un reale interesse. Questo interesse si ravviserebbe nella riduzione di costi e nelle economie di scala che si potrebbero avere soprattutto per i seguenti soggetti: gruppi di società e le piccole e medie imprese.

Nei gruppi di società la nomina di una persona giuridica come OdV permetterebbe lo sfruttamento di sinergie virtuose nella gestione organizzativa attraverso un coordinamento generale nelle attività di controllo dei vari modelli delle società del gruppo, nella razionalizzazione dei flussi di informazione e nella circolazione del *know-how*, attraverso una migliore armonizzazione delle linee di condotta, un'uniformità delle attività di monitoraggio, una maggiore professionalità garantita, una semplificazione nella sostituzione dell'Organismo in caso di *turn-over* limitando al minimo la perdita di conoscenze e di professionalità acquisite, una ampia condivisione di una serie di attività organizzative e gestionali e di risorse che possono essere utilizzate contemporaneamente da i singoli rappresentanti o delegati dalla persona giuridica che svolgono poi specificamente le attività nelle singole società con una riduzione dei costi per le stesse. Un aspetto negativo da tenere in considerazione è se questo possa essere elemento che favorisce la estensione della eventuale responsabilità ad altre società del gruppo, ossia se "l'organismo persona giuridica nominato con tale ruolo in più società dello stesso gruppo, seppur con rappresentanti persone fisiche dello stesso diverse a seconda della società, sposti o diffonda attraverso la catena di controllo l'attribuzione della responsabilità amministrativa dell'ente in capo a più società"⁴⁶⁹.

Per quanto concerne le piccole e medie imprese, le quali costituiscono la maggioranza del tessuto imprenditoriale italiano, queste hanno la possibilità di nominare l'organo gestorio come OdV, scelta alquanto discutibile alla luce del principio che impedirebbe al controllato di verificare il proprio operato. L'ipotesi di un OdV persona giuridica potrebbe garantire sicuramente maggiore autonomia,

⁴⁶⁷ In base alla pronuncia della Cass. Civ., Sez. II, 24 ottobre 2006, n. 22840 anche una persona giuridica può essere nominata amministratore del condominio negli edifici. Il rapporto di mandato istituito nei confronti delle persone suddette, infatti, quanto all'adempimento delle obbligazioni ed alla relativa imputazione della responsabilità, può essere caratterizzato dagli stessi indici di affidabilità, che contrassegnano il mandato conferito ad una persona fisica.

⁴⁶⁸ CARDANI G., *E se l'Organismo di Vigilanza e Controllo fosse una persona giuridica?* in *Rivista* 231, 2-2008, p. 219.

⁴⁶⁹ CARDANI G., *E se l'Organismo di Vigilanza e Controllo fosse una persona giuridica?* in *Rivista* 231, 2-2008, p. 220.

indipendenza, maggiore professionalità, in quanto la persona giuridica potrebbe essere una realtà dedicata allo svolgimento dell'attività di *compliance*, e maggiore economia a seguito dell'utilizzo da parte dei soggetti delegati di conoscenze ammortizzate su più soggetti e comunque sostanzialmente pressoché i medesimi vantaggi individuati nel caso dei gruppi di società.

Da una successiva riflessione⁴⁷⁰ sullo stesso tema emerge in primo luogo una avversione alla nomina di una persona giuridica come OdV comune alle società di un gruppo (a prescindere che poi i delegati siano differenti). La locuzione "Organismo dell'ente" non darebbe adito ad interpretazioni e bisognerebbe ritenere che ciascun ente debba nominare il proprio organismo. Una considerazione diversa andrebbe invece fatta per le Associazioni temporanee di imprese⁴⁷¹ e per le reti di impresa introdotte dalla legge n. 122 del 2010. In questo caso, seppur si ritenga inammissibile un OdV collegiale o unitario, si potrebbe ammettere secondo l'autore un medesimo OdV persona giuridica che in forza di singoli incarichi svolga il proprio incarico di vigilanza presso i rispettivi enti costituenti l'A.T.I. o la Rete. Altro caso interessante potrebbe essere quello del G.E.I.E.⁴⁷² nel quale, invece, parrebbe possibile affidare al legale rappresentante del G.E.I.E. persona giuridica il ruolo di organismo dell'ente.

In secondo luogo si sottolinea poi come l'Organismo persona giuridica possa comunque avere le caratteristiche soggettive generalmente richieste anche nelle persone dei suoi *auditors* delegati (l'Organismo potrebbe prevedere in ogni momento la loro sostituzione a seguito della perdita delle stesse), garantendo invece dal punto di vista delle competenze e della professionalità una maggiore efficienza ed efficacia del lavoro svolto e *performances* ben più professionali grazie alle economie di scala ed alla alta specializzazione del proprio network di professionisti.

In sintesi, in base alle considerazioni esposte, la scelta potrebbe essere rischiosa nei gruppi di società, potrebbe essere, invece, legittimamente presa nelle singole società di capitali, nei G.E.I.E., ed eventualmente, a seguito di singole nomine, nelle associazioni temporanee di imprese e nelle Reti d'impresa.

⁴⁷⁰ INSINGA L. – PISANI P., *Riflessioni sulla libertà organizzativa dell'ente nella nomina dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista* 231, 2-2013, pp. 135 - 143.

⁴⁷¹ Ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006.

⁴⁷² Ai sensi del d.lgs. n. 240/1991.

1.2.8 Organismo di vigilanza e PNA

La legge n. 190/2012 rubricata “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione” (G.U. n. 265 del 13 novembre 2012) ha previsto per le pubbliche amministrazioni la realizzazione di un Piano triennale di prevenzione della corruzione (e della *maladministration* in senso lato) che ha il compito di fornire una valutazione del diverso livello di esposizione degli uffici al rischio di corruzione e stabilire gli interventi organizzativi volti a prevenire il medesimo rischio (PTPC). Il piano principalmente dovrà individuare le attività ad elevato rischio di corruzione (cd. *Risk Assessment*), prevedere meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio di corruzione (cd. *Risk Management*) ed individuare il responsabile della prevenzione e della corruzione (RPC) chiamato a vigilare sul funzionamento e sull’osservanza del piano.

I requisiti necessari per il RPC sono stati stabiliti dalla circolare n. 1/2013 del 25 gennaio 2013⁴⁷³. Successivamente, sulla scorta delle linee di indirizzo per l’elaborazione del piano⁴⁷⁴, in data 11 settembre 2013, l’Autorità nazionale anticorruzione ha approvato, su proposta del Dipartimento della funzione pubblica, il Piano Nazionale Anticorruzione, ai sensi dell’art. 1, comma 2, lett. b), della legge n. 190/2012. Si è posta dunque l’esigenza, a fronte della previsione del paragrafo 3.1.1 del Piano Nazionale Anticorruzione⁴⁷⁵, che prevede esplicitamente che l’RPC possa coincidere con l’Organismo di vigilanza, di definire il coordinamento tra l’OdV ed il RPC⁴⁷⁶. Nel dicembre 2014 questa opzione era stata espressamente esclusa per

⁴⁷³ Si veda per approfondimenti PETRILLO F., *Il responsabile della prevenzione della corruzione ex L. 190/2012 e l’Organismo di Vigilanza ai sensi del D.lgs. 231/2001: ruoli e responsabilità. Due figure sovrapponibili?* in *Rivista231*, 1-2014, pp. 95 - 111.

⁴⁷⁴ D.P.C.M., *Linee di indirizzo per l’elaborazione del P.N.A.*, 12 marzo 2013.

⁴⁷⁵ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, *Piano nazionale Anticorruzione, Legge 6 novembre 2012 n. 190, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*, approvato l’11 settembre 2013, punto 3.1.1, p. 34: “Gli enti pubblici economici e gli enti di diritto privato in controllo pubblico, di livello nazionale o regionale/locale devono, inoltre, nominare un responsabile per l’attuazione dei propri Piani di prevenzione della corruzione, che può essere individuato anche nell’organismo di vigilanza previsto dall’art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001”.

⁴⁷⁶ In dottrina si era prontamente provveduto ad analizzare tale ipotesi si veda ad esempio il contributo di e di PETRILLO F., *Il responsabile della prevenzione della corruzione ex L. 190/2012 e l’Organismo di Vigilanza ai sensi del D.lgs. 231/2001: ruoli e responsabilità. Due figure sovrapponibili?* in *Rivista231*, 1-2014, p. 95 il quale già evidenziava la diversità delle due figure. Sul responsabile della trasparenza si veda GHINI P., *Organismo di Vigilanza con funzioni di responsabile della trasparenza*, in *Rivista231*, 1-2015, pp. 273 - 276.

le società partecipate e/o controllate dal MEF⁴⁷⁷ e dunque si era assistito ad un cambio di rotta abbastanza definito seppur limitatamente alle partecipate (dal MEF) e non agli enti pubblici economici. Nelle linee guida, riferibili sia agli enti pubblici economici che alle società di controllo o partecipazione pubblica, in vigore dal 25 giugno 2015, invece la posizione risulta relativamente cambiata. Per quanto riguarda le società controllate esse stabiliscono in via principale che “l’Autorità ritiene che le funzioni di RPC debbano essere affidate ad uno dei dirigenti della società. Questa opzione interpretativa si evince anche da quanto previsto nell’art. 1, co. 8, della legge n. 190 del 2012, che vieta che la principale tra le attività del RPC, ossia l’elaborazione del Piano, possa essere affidata a soggetti estranei all’amministrazione. Per tali motivi, il Responsabile della prevenzione della corruzione non può essere individuato in un soggetto esterno alla società”⁴⁷⁸, ma poi, poco dopo, stabiliscono che “in ogni caso, considerata la stretta connessione tra le misure adottate ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 e quelle previste dalla legge n. 190 del 2012, le funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione, dovranno essere svolte in costante coordinamento con quelle dell’Organismo di vigilanza nominato ai sensi del citato decreto legislativo. In questa ottica nelle società in cui l’Organismo di vigilanza sia collegiale e si preveda la presenza di un componente interno, è auspicabile che tale componente svolga anche le funzioni di RPC. Questa soluzione, rimessa all’autonomia organizzativa delle società, consentirebbe il collegamento funzionale tra il RPC e l’Organismo di vigilanza. Solo nei casi di società di piccole dimensioni, nell’ipotesi in cui questa si doti di un Organismo di vigilanza monocratico composto da un dipendente, la figura del RPC può coincidere con quella dell’Organismo di vigilanza”⁴⁷⁹. Per le società non controllate, ma solo partecipate, esse stabiliscono che “l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione comporta oneri minori rispetto a quelli imposti alle società in controllo pubblico (...) le amministrazioni partecipanti promuovono l’adozione del modello di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 nelle società a cui partecipano (...) e non

⁴⁷⁷ MEF - ANAC, *Documento condiviso dal Ministero dell’Economia e delle Finanze e dall’Autorità Nazionale Anticorruzione per il rafforzamento dei meccanismi di prevenzione della corruzione e di trasparenza nelle società partecipate e/o controllate dal Ministero dell’Economia e delle Finanze*, dicembre 2014.

⁴⁷⁸ ANAC, *Linee guida per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*, Determinazione n. 8, 17 giugno 2015, p. 17.

⁴⁷⁹ ANAC, *Linee guida per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*, Determinazione n. 8, 17 giugno 2015, p. 18.

sono tenute a nominare il Responsabile della prevenzione della corruzione, potendo comunque individuare tale figura, nell'ambito della propria autonomia organizzativa, preferibilmente nel rispetto delle indicazioni fornite nelle presenti Linee guida"⁴⁸⁰, il che, secondo la dottrina, comporterebbe "per conseguenza che sarà l'OdV ad essere investito della vigilanza sull'adempimento di quanto applicabile in materia di anticorruzione e trasparenza"⁴⁸¹. Per quanto riguarda gli enti di diritto privato non societari c'è un rinvio alle norme dettate in tema di società controllate e per quanto riguarda infine gli enti pubblici economici "considerate le attività svolte in regime di diritto privato e tenuto conto che a tali enti si applicano le disposizioni previste dal d.lgs. n. 231/2001 appare coerente un'interpretazione delle norme che prevede l'applicazione delle misure stabilite per le società in controllo pubblico"⁴⁸². A seguito delle modifiche intervenute con il d.l. 90/2014, convertito, con modificazioni dalla legge n. 114/2014, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, in data 28 ottobre 2015, ha approvato l'aggiornamento del PNA nel quale si ribadisce la necessità che il RPC sia un soggetto interno e non si fa alcun riferimento all'Organismo di vigilanza. L'integrazione è però al PNA nel quale non si rinnega la posizione precedentemente espressa nel precedente piano, né la posizione espressa nelle linee guida, lasciando la questione del tutto sospesa.

Dottrina ha affermato che se la differenziazione che si fa tra società controllate e partecipate si facesse tra amministrazioni e società di mercato, nelle quali risulta preponderante l'esigenza di autonomia organizzativa, nel caso in cui le esigenze di integrazione rispetto a quanto già predisposto dal MOG risultassero minimali potrebbe essere previsto anche per queste la sola integrazione del modello⁴⁸³ limitatamente alle attività di pubblico interesse, senza la necessità di disporre un distinto piano di prevenzione e di nominare uno specifico responsabile "il che comporterebbe l'esclusione del RPC autonomo e l'attribuzione delle sue funzioni

⁴⁸⁰ ANAC, *Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*, Determinazione n. 8, 17 giugno 2015, p. 22.

⁴⁸¹ ARTUSI M. F., *OdV e responsabile per la prevenzione della corruzione: interazioni possibili*, in *Rivista231*, 3-2015, p. 122.

⁴⁸² ANAC, *Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*, Determinazione n. 8, 17 giugno 2015, p. 30.

⁴⁸³ Si veda per approfondimenti ASSONIME, *Consultazioni ANAC e MEF sull'applicazione della disciplina in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza alle società a partecipazione pubblica*, in www.assonime.it.

all'Organismo di vigilanza anche in tali società" ⁴⁸⁴. Altra dottrina, invece, è più categorica nel definire l'inconciliabilità delle due cariche affermando che "purtroppo, questi tentativi di semplificare la struttura di controllo endosocietaria si scontrano con la diversa natura degli organi che si intendono fondere e gli interessi diversi che essi proteggono. (...) piuttosto che l'istituzione di un unico organo in perenne equilibrio tra i doveri, la composizione e le finalità tipiche dell'OdV e quelle del responsabile anticorruzione, di mantenere separate le due funzioni, prevedendo un raccordo molto stretto e la condivisione di informazioni e risorse ove ciò sia possibile (...) Odv e responsabile anticorruzione separati dovrebbero essere meglio in grado di assolvere al proprio ruolo e perseguire le finalità assegnate loro dalla legge"⁴⁸⁵, accordo e collaborazione sostenute come necessarie tra le due figure anche dalla stessa Autorità Nazionale Anti Corruzione nella determinazione n. 8 del 17 giugno 2015.

La questione risulta essere alquanto delicata ed impossibile da approfondire in questa sede sia per l'incertezza normativa sia alla luce delle necessarie e profonde valutazioni che dovrebbero essere fatte alla luce sia delle pronunce giurisprudenziali relative all'Organismo (le quali escludono che l'OdV possa avere compiti operativi anche in tema di predisposizione del piano e dei protocolli) e alla luce delle possibili implicazioni in termini di modifiche al regime di responsabilità che subirebbe l'Organismo⁴⁸⁶.

1.2.9 Odv costituito *ad hoc*

L'Organismo di vigilanza dunque è un Organismo autonomo, indipendente e dotato della professionalità adeguata, "interno all'ente", e cioè inerente all'ente in quanto nominato dall'ente, a composizione monocratica o collegiale, che può coincidere o meno ed anche parzialmente con un organo sociale, i cui componenti possono essere esterni o interni all'ente, i cui compiti non siano mai operativi, ma solo di vigilanza continua e del cui operato debba rispondere solo all'organo gestorio.

⁴⁸⁴ ARTUSI M. F., *OdV e responsabile per la prevenzione della corruzione: interazioni possibili*, in *Rivista231*, 3-2015, p. 122.

⁴⁸⁵ DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, pp.135 -136.

⁴⁸⁶ Si veda a questo proposito ARTUSI M. F., *OdV e responsabile per la prevenzione della corruzione: interazioni possibili*, in *Rivista231*, 3-2015, pp. 126 -128.

Delle varie composizioni possibili nessuna può dirsi migliore in senso assoluto e la scelta dovrà essere sempre calibrata in relazione a diversi fattori, quali la complessità organizzativa, la tipologia di attività svolta, i profili di maggior rischio riscontrabili nello svolgimento dell'attività, l'articolazione del sistema di controllo interno preesistente ed è per questo che taluni autori individuano come scelta preferibile la costituzione di un Organismo ad hoc che permetta di sfruttare gli aspetti positivi ed eliminare il più possibile le controindicazioni di ogni configurazione rigida.

Fermi restando alcuni aspetti prima approfonditi quali:

- la necessità che i componenti posseggano i requisiti individuati al paragrafo 1.1;
- le criticità individuate in merito alla possibilità che coincida con un organo sociale e principalmente con l'organo dirigente e le criticità riscontrate nella presenza nell'Organismo di amministratori come il presidente o vicepresidente del CdA, l'Amministratore unico, amministratori delegati, e generalmente gli amministratori non indipendenti (in alcuni casi è criticata anche la coincidenza dell'Organismo con il comitato controlli e rischi);
- la non coincidenza con il revisore legale dei conti della società, né con la funzione antiriciclaggio; sconsigliata è poi la coincidenza con la funzione di *Risk Management*;
- le criticità che vengono in rilievo ai fini dell'autonomia ed indipendenza nel momento in cui si faccia coincidere con una funzione aziendale (funzione personale, legale, amministrazione, servizio di prevenzione e protezione) che ponga in essere operazioni oggetto del controllo;
- le figure esplicitamente escluse dalla giurisprudenza quali l'RSPP, il responsabile di un sistema di gestione e ad avviso della giurisprudenza anche gli organi sociali e chiunque abbia compiti non solo decisionali, ma anche operativi;

questo potrà avere composizione totalmente interna, esterna o mista. La scelta di realizzare un Organismo a composizione totalmente esterna, attribuendo l'incarico in *outsourcing* totalmente a soggetti esterni all'ente, è sconsigliata dalla dottrina e cioè si sconsiglia un Organismo che non sia in qualche modo inerente all'ente e quindi esclusivamente composto da soggetti che non siano in qualche modo incardinati a

diverso titolo nell'ente⁴⁸⁷. Per questo, ad esempio, la prassi bancaria⁴⁸⁸ esclude che l'Organismo dell'ente possa coincidere *tout court* con un soggetto esterno come ad esempio una società di revisione o una società di consulenza, ad esempio una società di servizi di consulenza aziendale specializzata nel settore, soggetti dei quali potrà comunque servirsi nell'espletamento delle sue attività e consiglia una composizione mista⁴⁸⁹. Sconsigliata è però anche la composizione totalmente interna alla luce dei requisiti di autonomia, indipendenza e alla luce della necessità, espressa dalla giurisprudenza, di assenza di incarichi operativi per l'Organismo. La composizione che quindi è da preferire è una composizione collegiale mista con prevalenza di componenti esterni e con esclusione dei soggetti interni che abbiano funzioni operative o che appartengano alle aree a rischio reato; parte della dottrina è sfavorevole anche alla figura del dipendente⁴⁹⁰. A tal proposito le linee guida ABI non escludono l'opzione a priori ma sottolineano che la possibilità dovrà essere valutata in relazione a l'autonomia dei singoli e "l'autonomia dei singoli va affermata attraverso la loro *professionalità*, in relazione alle mansioni affidate e la concreta autonomia ed effettività dei poteri loro attribuiti quali membri dell'organismo in discorso"⁴⁹¹.

Negli enti di piccole dimensioni qualora non si opti per l'opzione fornita dall'art. 6, comma 4, si potrà sempre decidere per un Organismo monocratico⁴⁹² con competenze di *auditing* e controllo il quale potrà avvalersi alla bisogna di coadiutori esterni.

⁴⁸⁷ VALENSISE P., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/01: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, Il Mulino, Fascicolo 2, dicembre 2009, p. 366. In questo senso anche RABITTI M., *Modelli organizzativi e responsabilità degli enti: l'incerta figura dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 3-2010, p. 27.

⁴⁸⁸ ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità delle banche*, febbraio 2004, p. 21: "La circostanza, poi, che la norma in questione prefiguri "dell'ente" l'organismo in questione, fa ritenere che esso non possa essere identificato con un soggetto esterno all'ente medesimo (ad esempio, la società di revisione ovvero un *team* di consulenti) (...) Ciò non esclude che detto organismo possa (e debba, ove necessario) servirsi, nell'esercizio della sua attività, della collaborazione di soggetti esterni alla banca, come ad esempio la società di revisione (al fine, ad esempio, di acquisire informazioni), ovvero, nel caso di banche di ridotte dimensioni, delle entità cui l'attività di controllo è esternalizzata".

⁴⁸⁹ ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità delle banche*, febbraio 2004, p. 22.

⁴⁹⁰ Contrari alla partecipazione nell'OdV del lavoratore subordinato: LEDDA F. – GHINI P., *Organismo di Vigilanza: nomina ed aspetti teorico pratici*, in *Rivista231*, 1-2008, p. 213; ABRIANI N. – GIUNTA F., *L'Organismo di Vigilanza previsto dal D.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Rivista231*, 3-2012, p. 191.

⁴⁹¹ ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità delle banche*, febbraio 2004, p. 25.

⁴⁹² Si rammenta che la realizzazione di un Organismo monocratico debba essere ben ponderata anche alla luce dell'ordinanza del Tribunale di Parma del 26 maggio 2015 che sostiene l'inadeguatezza dell'OdV monocratico nel caso in cui la società avesse trascorsi negativi e quindi necessitasse di un sistema più incalzante di vigilanza.

Negli enti non piccoli la prassi⁴⁹³ e la dottrina⁴⁹⁴ sottolineano che è preferibile una composizione collegiale⁴⁹⁵ e mista, con prevalenza di soggetti esterni⁴⁹⁶ che abbiano le competenze le più svariate (legali, commercialisti, aziendalisti, ingegneri, esperti in sicurezza del lavoro, in reati ambientali ed informatici etc.), al fine di assicurare contemporaneamente autonomia, indipendenza, professionalità ed anche, allo stesso tempo, continuità di azione.

⁴⁹³ Tra i tanti ODCEC DI IVREA, PINEROLO, TORINO, Gruppo di studio 231, *L'Organismo di Vigilanza: linee guida*, 2011, p. 25.

⁴⁹⁴ Tra i tanti MONTALENTI P., *Struttura e ruolo dell'organismo di vigilanza nel quadro della riforma del diritto societario*, in BIANCHINI M. – DI NOIA C., *I controlli societari, molte regole nessun sistema*, Milano: Egea, 2010, pp. 86 - 104;

⁴⁹⁵ Sarebbe imposta dalla grande dimensione secondo il G.i.p., Tribunale di Roma, 4 aprile 2003; diversamente il G.i.p., Tribunale di Milano, 17 novembre 2009, ha ritenuto idoneo un Organismo monocratico per una grande S.p.A.

⁴⁹⁶ PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015, p. 40 *contra* BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Cedam, Wolters Kluwer, 2012, pp. 22 - 23.

2 I RISULTATI DELLE PIÙ IMPORTANTI INDAGINI SULLA COMPOSIZIONE DELL'ODV NELL'ULTIMO DECENNIO

Di seguito i risultati più importanti, dal punto di vista delle informazioni relative all'Organismo di vigilanza, degli ultimi 10 anni.

2.1 AIIA 2006

L'indagine dal titolo *Benchmark D.Lgs. 231/01 nei diversi settori economici: bancario, assicurativo, manifatturiero, utilities, telecomunicazioni/media* realizzata dal Comitato per l'Area D.Lgs. n. 231/01 dell'Associazione Italiana Internal Auditors (AIIA) qui analizzata riporta la datazione di aprile 2006. I soggetti oggetto dell'indagine sono state 72 società, quotate e non, tra cui: 25 istituti di credito ed intermediari finanziari, 11 compagnie assicurative, 16 società industriali, 16 utilities (intese come imprese di pubblico servizio e società partecipate da enti pubblici), 4 società operanti nel settore telecomunicazioni/media.

2.1.1 Adozione del modello

In merito all'adozione del modello, delle 72 società quotate esaminate:

- l'82% ha formalmente adottato il MOG;
- Il 4% ha il modello in fase elaborazione;
- Il 14% non ha intrapreso iniziative in tal senso.

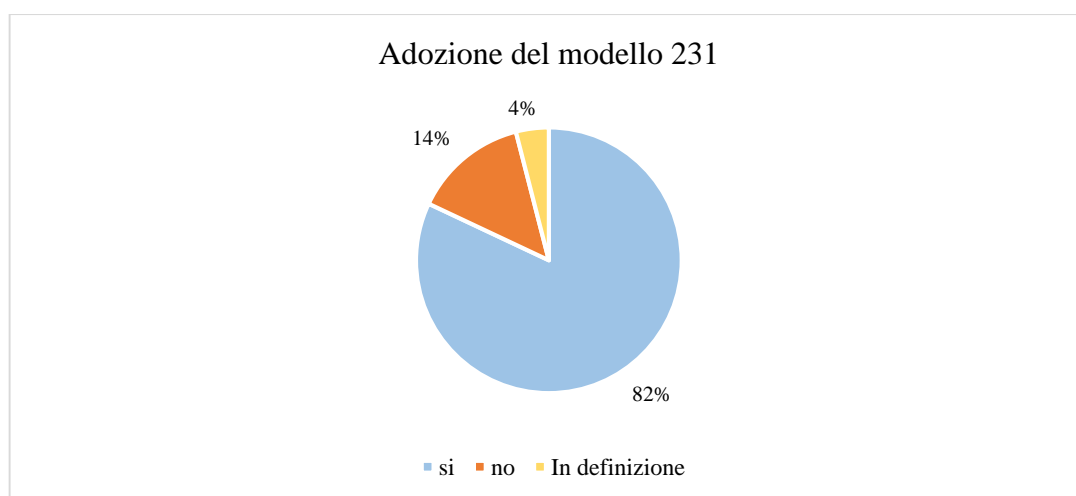


Figura 1 Adozione del modello 231 in *Benchmark D.Lgs. 231/01 nei diversi settori economici*, AIIA, 2006, p. 7.

2.1.2 Caratteristiche dell'Organismo di vigilanza

Tipologia di Organismo

Tra le società che hanno adottato il modello prevale la nomina di un Organismo di vigilanza di tipo collegiale (71%) rispetto al tipo monocratico (29%).

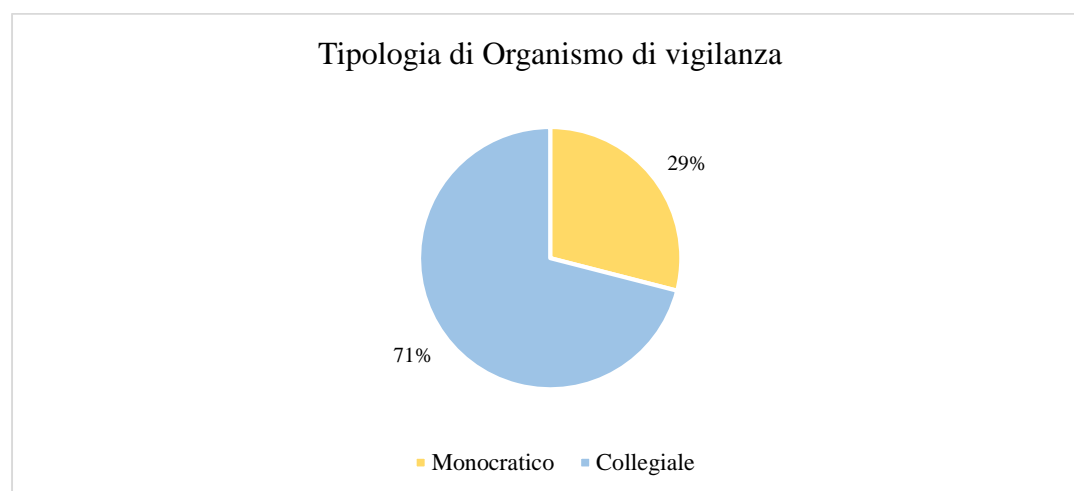


Figura 2 Tipologia di Organismo di vigilanza in Benchmark D.Lgs. 231/01 nei diversi settori economici, AIIA, 2006, p. 10.

Composizione degli Organismi di Vigilanza

Per le società che hanno adottato un Organismo di tipo "collegiale" la tendenza è stata quella di prevedere un Organismo *ad hoc* composto indicativamente da due o più dei soggetti riportati nel grafico. Nel caso in cui la Società avesse optato per l'Organismo monocratico esso è risultato coincidere con il responsabile Internal Audit e, solo raramente, con un amministratore indipendente o un consulente.

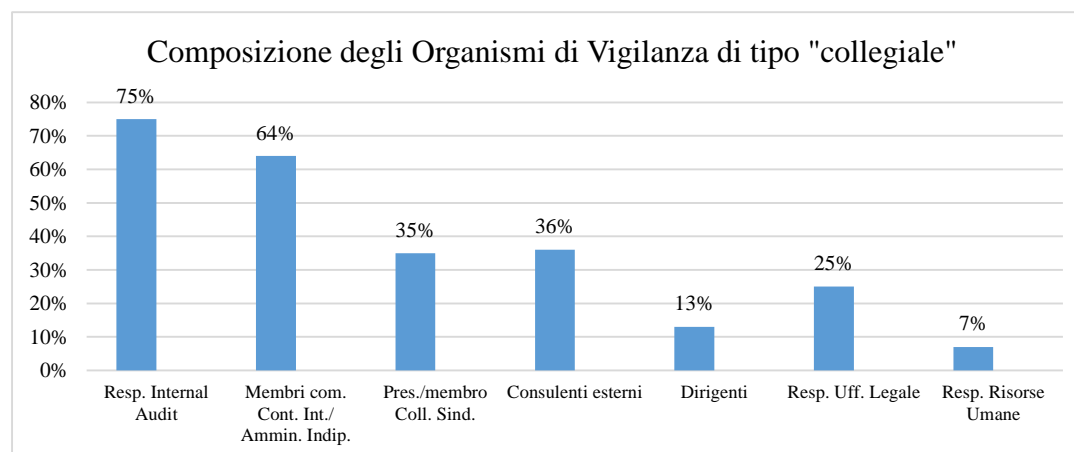


Figura 3 Composizione degli Organismi di Vigilanza di tipo "collegiale" in Benchmark D.Lgs. 231/01 nei diversi settori economici, AIIA, 2006, p. 11.

2.2 AIIA/Confindustria 2007

L'indagine dal titolo *La Responsabilità Amministrativa delle Società. Un'indagine sull'adozione del modello organizzativo previsto dal D.Lgs. 231/01 nelle società non quotate*, realizzata dal Comitato per l'Area D.Lgs. n. 231/01 dell'Associazione Italiana Internal Auditors (AIIA) in collaborazione con il Gruppo di lavoro di Confindustria sulla "responsabilità amministrativa delle persone giuridiche" qui analizzata riporta la datazione di gennaio 2007. I soggetti oggetto dell'indagine sono state 88 società non quotate.

2.2.1 Adozione del modello

In merito all'adozione del modello, delle 88 società quotate esaminate:

- Il 62,5% ha formalmente adottato il MOG;
- Il 25% ha il modello in fase elaborazione;
- Il 12,5% non ha intrapreso iniziative in tal senso.

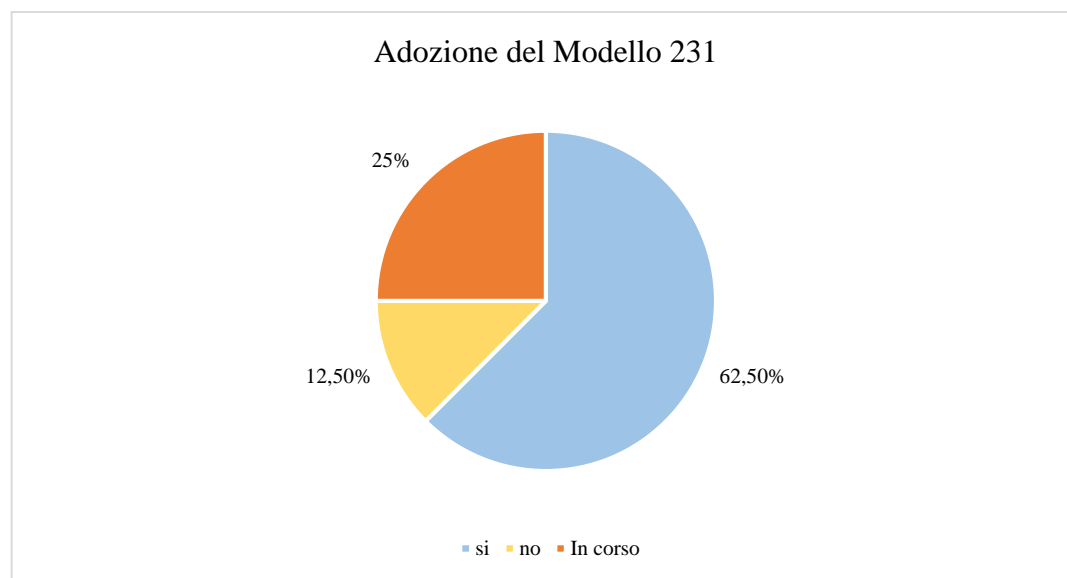


Figura 4 Adozione del modello 231 in *La Responsabilità Amministrativa delle Società. Un'indagine sull'adozione del modello organizzativo previsto dal D.Lgs. 231/01 nelle società non quotate*, AIIA - CONFINDUSTRIA, 2007, p. 7.

2.2.2 Caratteristiche dell'Organismo di vigilanza

Tipologia di Organismo

Nella ricerca si rileva che, a conferma dello studio precedentemente realizzato nelle società quotate, la tendenza è quella di favorire la composizione collegiale piuttosto che quella monocratica, infatti, il 60% ha preferito la nomina di un Organismo collegiale. La maggior incidenza dell'Organismo di tipo monocratico potrebbe essere influenzata dalla non quotazione delle società del campione.

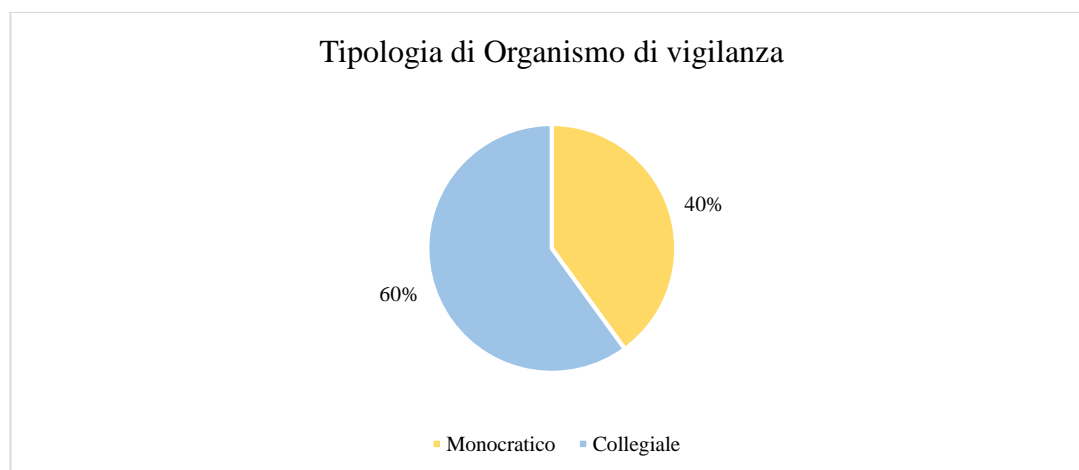


Figura 5 Tipologia di Organismo di Vigilanza in *La Responsabilità Amministrativa delle Società. Un'indagine sull'adozione del modello organizzativo previsto dal D.Lgs. 231/01 nelle società non quotate*, AIIA - CONFINDUSTRIA, 2007, p. 8.

Composizione dell'Organismo

La maggioranza delle società oggetto dello studio hanno privilegiato la forma collegiale dell'organismo e dall'indagine emerge che nella quasi totalità dei casi la tendenza è quella di nominare un Organismo ad hoc composto da 2 o più componenti tra i seguenti soggetti: Responsabile Internal Audit (55%); Responsabile Ufficio Legale (50%); uno o più membri del CdA/organo dirigente (35%); consulenti esterni (35%); Presidente del collegio sindacale/sindaco (23%); responsabile Risorse Umane

(8%); responsabile Organizzazione (6%); uno o più membri del Comitato per il Controllo Interno/amministratori indipendenti (5%); coincidenza con un organo preesistente, come il Comitato per il controllo Interno, (5%). Da evidenziare che il dato relativo al Comitato per il Controllo Interno (oggi Comitato controllo e rischi) potrebbe risentire del campione trattandosi di società non quotate e che solo dal 2004 le Linee guida delle associazioni di categoria hanno previsto la possibilità che l'OdV potesse coincidere con tale organo. Per le società che invece hanno optato per un Organismo monocratico questo coincide: con il responsabile Internal Audit (63%); Presidente del CdA o con il Compliance Officer (14%); membro del consiglio di amministrazione (in particolare membro del Comitato per il Controllo Interno, un consigliere non operativo, il vice presidente del CdA), un consulente esterno o con il Direttore Qualità (23%). Nel grafico che segue viene riportata una sintesi dei due casi.

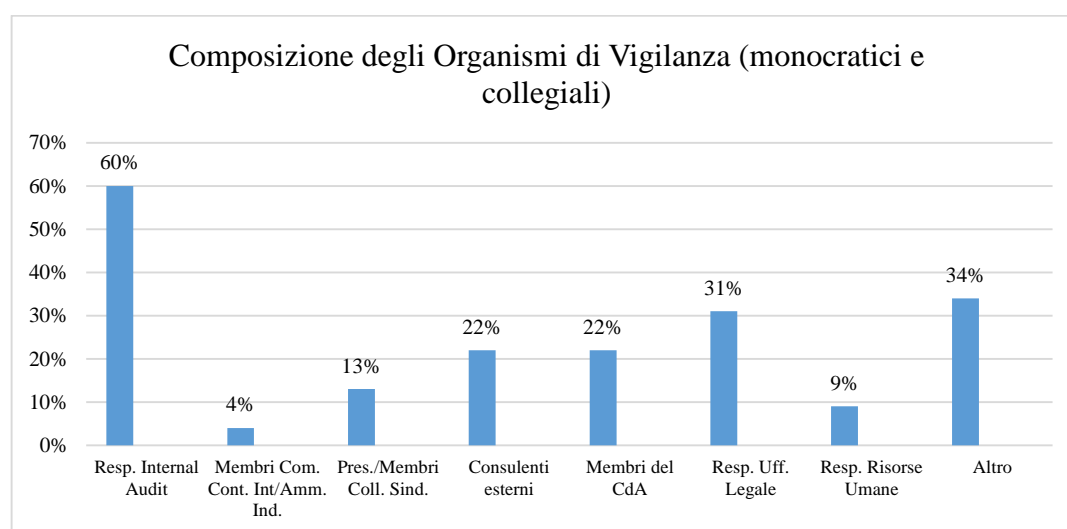


Figura 6 Composizione degli Organismi di Vigilanza (monocratici e collegiali) in La Responsabilità Amministrativa delle Società. Un'indagine sull'adozione del modello organizzativo previsto dal D.Lgs. 231/01 nelle società non quotate, AIIA - CONFINDUSTRIA, 2007, p. 8.

2.3 Assonime 2008

La ricerca di seguito riportata, volta a monitorare l'impatto prodotto da questa disciplina ed i principali profili di applicazione delle prescrizioni del decreto, è stata realizzata da Assonime su un campione di 300 società di capitali associate delle quali 131 hanno collaborato attivamente all'indagine compilando il questionario, le altre limitandosi a fornire indicazioni circa l'applicazione o meno dello modello

organizzativo. Il campione esaminato comprende il 64% di società quotate di cui l'8% appartenenti al segmento STAR. La ricerca è datata maggio 2008.

2.3.1 Adozione del modello

L'adozione del modello è stata rilevata nel 73% delle Società. Nell'88% dei casi la società ha coinvolto soggetti esterni nella realizzazione del modello, ma nel 39% dei casi il modello è stato predisposto dall'organo amministrativo e solo nel 15% dei casi da un consulente esterno.

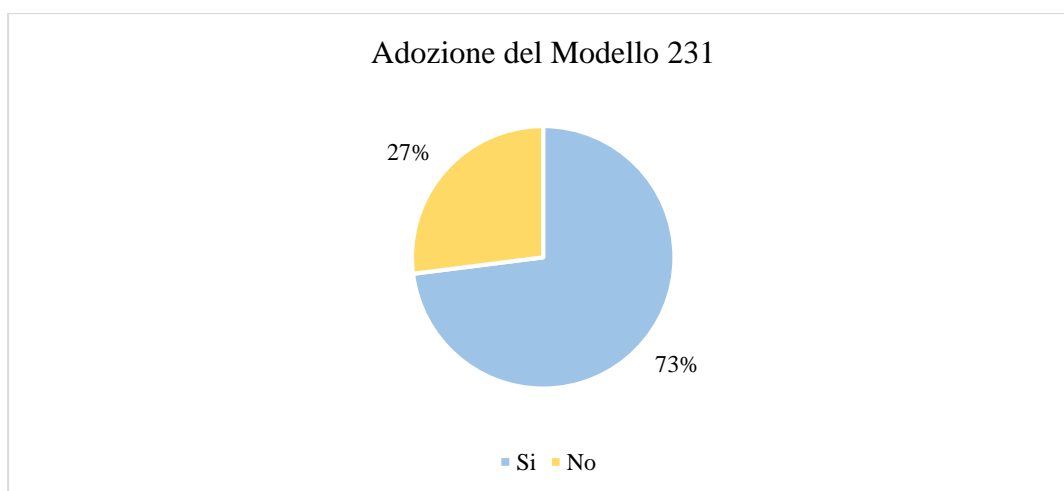


Figura 7 Adozione del Modello in *Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001*, ASSONIME, Roma, maggio 2008, p. 13.

2.3.2 Caratteristiche dell'Organismo di vigilanza

Tipologia di Organismo

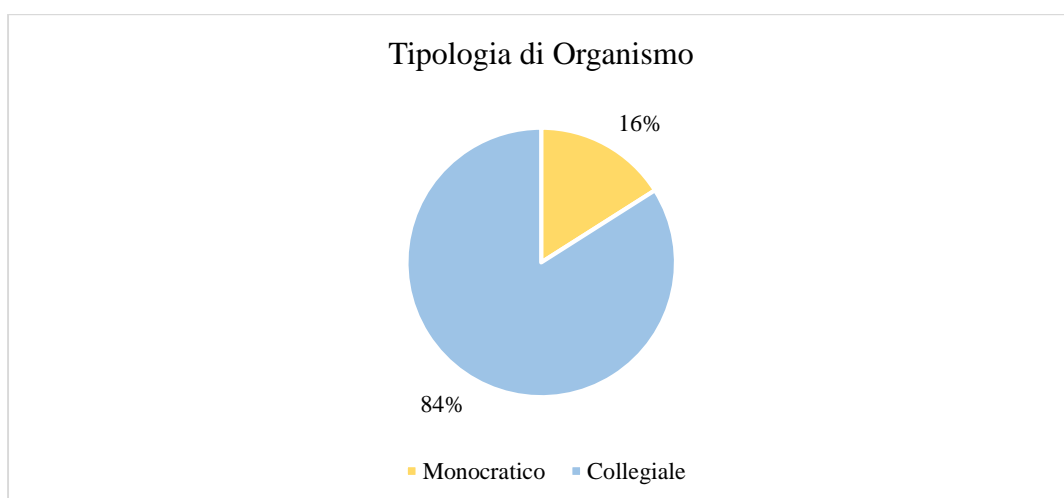


Figura 8 Tipologia di Organismo in *Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001*, ASSONIME, Roma, maggio 2008, p. 20.

Dal risultato dell'indagine risulta che le società che hanno partecipato all'indagine nell'83% dei casi appartenevano ad un gruppo, nel 75% dei casi l'OdV era presente in tutte le società del gruppo (la ricerca precisa che alcune società che appartengono ad un gruppo hanno affermato di avere un OdV con composizione collegiale per la società controllante ed un OdV monocratico per ciascuna società controllata), solamente nel 15% era accentrato presso la capogruppo. Nel 59% dei casi poi si assiste a forme di coordinamento tra gli OdV del gruppo.

Composizione dell'OdV

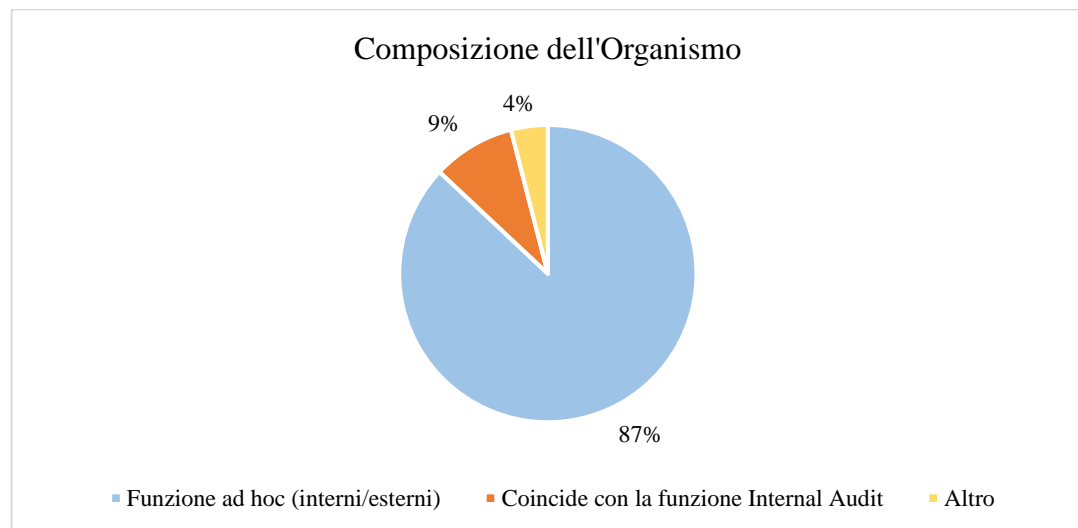


Figura 9 Composizione dell'Organismo in *Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001*, ASSONIME, Roma, maggio 2008, p. 20.

Dall'indagine effettuata è emerso che l'OdV era strutturato in composizione sempre diverse, essendo difficile definire una preferenza, modificandosi generalmente nel numero e nella composizione a seconda delle dimensioni e della complessità della struttura. Tra le professionalità interne è risultato spesso presente il rappresentante o un componente dell'*Internal Auditing* insieme al presidente del collegio sindacale e un rappresentante della funzione legale e/o societaria o di altre funzioni. Tra le professionalità esterne quella più frequente è l'avvocato. Nelle 16 composizioni proposte da configurazioni reali risultano le seguenti incidenze:

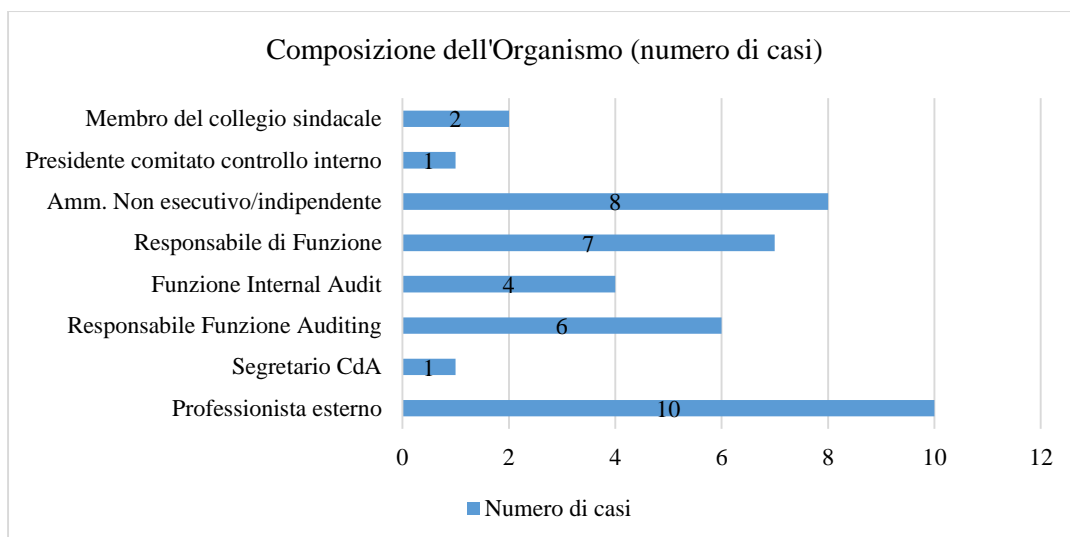


Figura 10 Rielaborazione dei dati in grafico circa la composizione dell'Organismo reperiti in *Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001*, ASSONIME, Roma, maggio 2008.

2.4 AODV 2008

L'indagine è stata realizzata dall'Associazione dei componenti degli Organismi di Vigilanza ex D.Lgs. 231/2001 (AODV²³¹) in occasione della predisposizione del documento *Requisiti e composizione dell'Organismo di Vigilanza* approvato dal consiglio direttivo dell'AODV²³¹ in data 27 novembre 2009 su società quotate.

Tipologia di Organismo

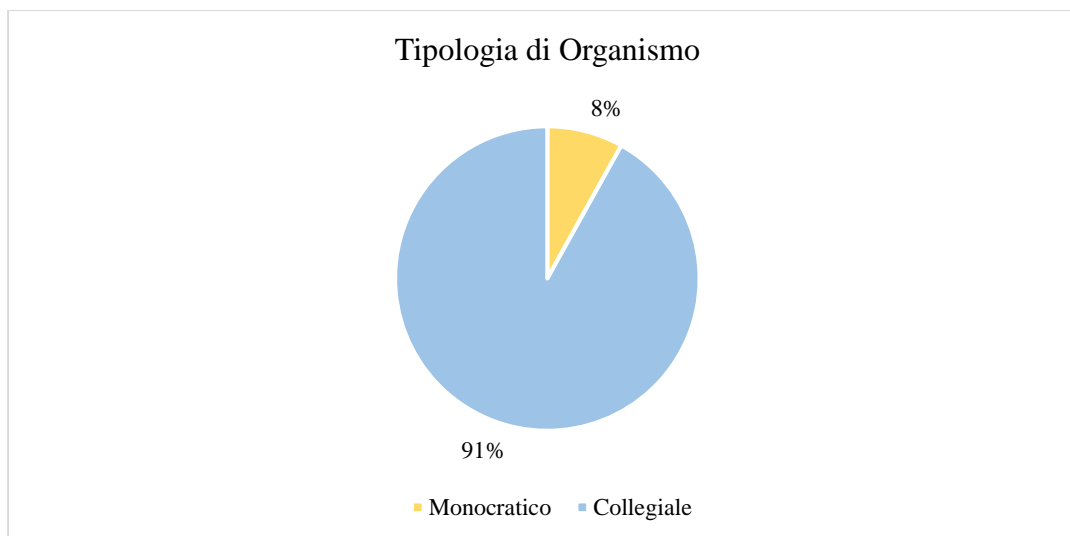


Figura 11 Rielaborazione dei dati in grafico circa la tipologia di Organismo reperiti in *Requisiti e composizione dell'organismo di vigilanza*, AODV, 1 febbraio 2010.

Composizione dell'Organismo

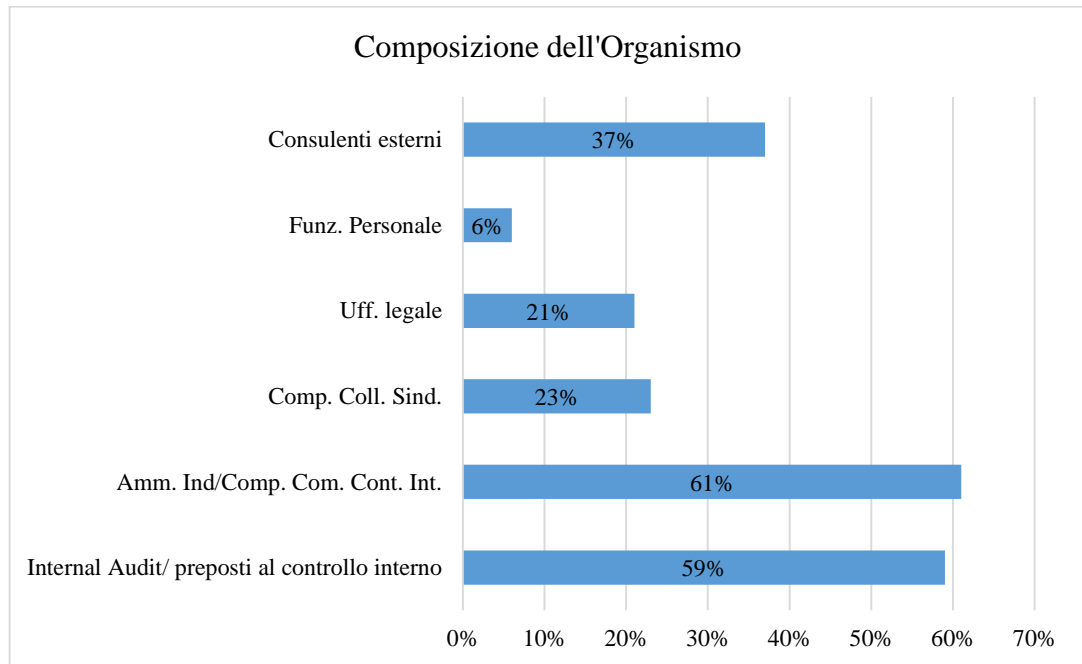


Figura 12 Rielaborazione dei dati in grafico circa la tipologia di Organismo reperiti in *Requisiti e composizione dell'organismo di vigilanza, AODV, 1 febbraio 2010*.

2.5 PWC 2009

La ricerca effettuata da PricewaterhouseCoopers datata luglio 2009 dalla titolazione *DECRETO LEGISLATIVO 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate* è stata realizzata con l'obiettivo di analizzare la qualità dell'informativa fornita dalle società quotate alla Borsa Italiana per l'esercizio 2008 in relazione ai modelli di organizzazione, gestione e controllo analizzando la relazione sul governo societario ed il documento illustrativo del modello se pubblicato sul sito internet ufficiale della società. Lo studio ha preso in considerazione un campione di 275 società quotate (delle quali il 73% nel settore non finanziario).

2.5.1 Adozione del modello

Dall'indagine è emerso che l'86% delle società hanno dichiarato di avere il modello, l'11% ha comunicato di non averlo e il 3% non ha fornito risposta.

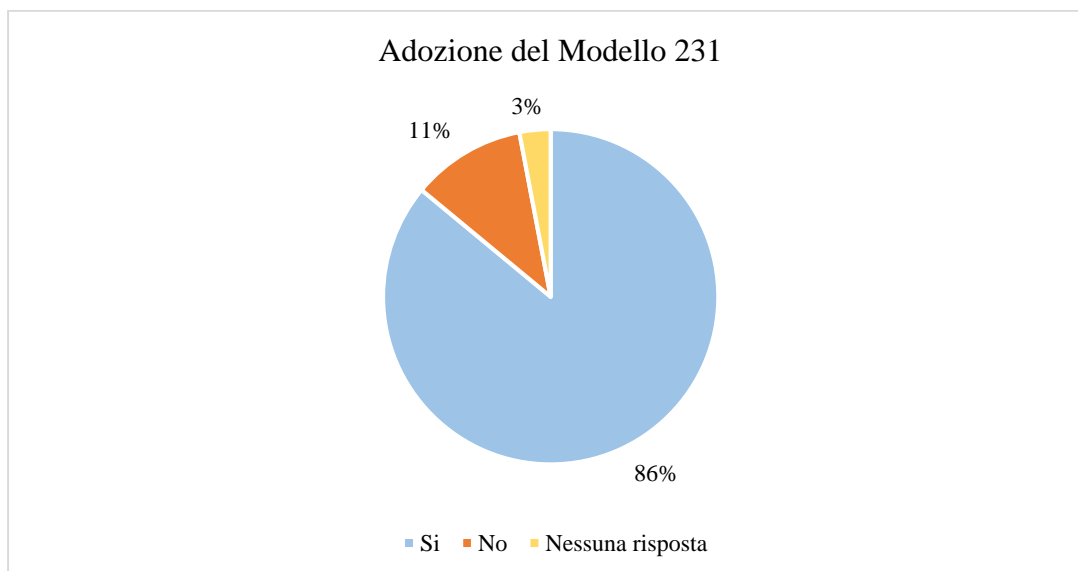


Figura 13 Informativa sull'adozione in DECRETO LEGISLATIVO 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate, PWC, Dell'Isola A. - Nuzzo D. (a cura di), luglio 2009, p. 11.

2.5.2 Caratteristiche dell'Organismo di vigilanza

Il codice di autodisciplina non richiede di inserire informazioni specifiche nella relazione sul governo societario ed in realtà l'unico riferimento per le quotate è un *format* presente sul sito di Borsa Italiana che tra le varie informazioni richiede alle società di specificare se ha adottato un modello di organizzazione e gestione e di illustrare sinteticamente il modello indicando le tipologie di reato che il modello intende prevenire e la composizione dell'Organismo di vigilanza. Nella ricerca si afferma che non sempre le società che comunicano di aver adottato il modello forniscono informazioni sulla composizione dell'Organismo di vigilanza, specificamente solo il 75% fornisce informazioni complete sull'OdV e sulla composizione.

Delle 238 società che dichiarano di aver adottato il modello 49 affermano di avere almeno un sindaco nell'OdV (21%), 84 di avere almeno un professionista esterno (35%) e solo 36 di queste specificano la tipologia di competenza

(prevalentemente aziendale e giuridica), 126 invece affermano di avere un soggetto appartenente alla funzione di Internal Auditor nell'OdV (53%), quasi sempre il responsabile, ma in nessun caso l'OdV coincide con la funzione stessa, infine in 21 casi nel 2008 (8%) l'OdV coincideva nel campione con il Comitato per il controllo interno (ora Comitato controllo e rischi).

2.6 Compliance aziendale/Gruppo ODV/Ernst&Young 2010

La ricerca titolata *Modalità di attuazione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/01 nelle società italiane. I risultati dell'indagine, novembre 2010* è stata realizzata da Giovanni Battisti e Roberto Di Mario in collaborazione con complianceaziendale.com, Gruppo ODV e Ernst & Young su un campione di 55 aziende che hanno adottato il modello di organizzazione e gestione, per lo più di grandi dimensioni, appartenenti per il 40% al settore industriale, nel 35% per cento al settore dei servizi, nel 18% al settore bancario, assicurativo e finanziario e per il restante 7% al settore commerciale. Il campione presentava per il 36% società quotate, nel 55% dei casi capogruppo e nella quasi totalità dei casi (95%) con modelli di governance tradizionale.

2.6.1 Caratteristiche dell'Organismo di vigilanza

Tipologia di Organismo

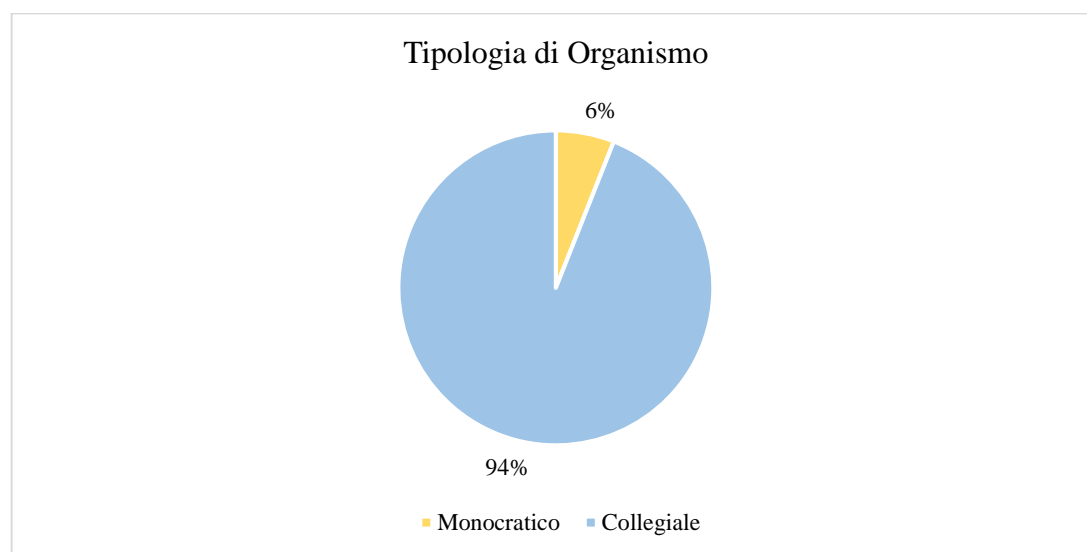


Figura 14 Rielaborazione dei dati in grafico circa la tipologia di Organismo reperiti in *Modalità di attuazione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/01 nelle società italiane. I risultati dell'indagine, novembre 2010*, COMPLIANCE AZIENDALE - GRUPPO ODV - ERNST&YOUNG, Battisti g. - Di Mario R. (a cura di), luglio 2010.

La ricerca rileva che la maggioranza dei casi la composizione preferita è di 3 componenti (65%) e solo in casi rari ve ne sono di più fino a raggiungere 6 componenti (4%). Nel 36% dei casi non è presente alcuna funzione aziendale nell'OdV.

Composizione dell'Organismo

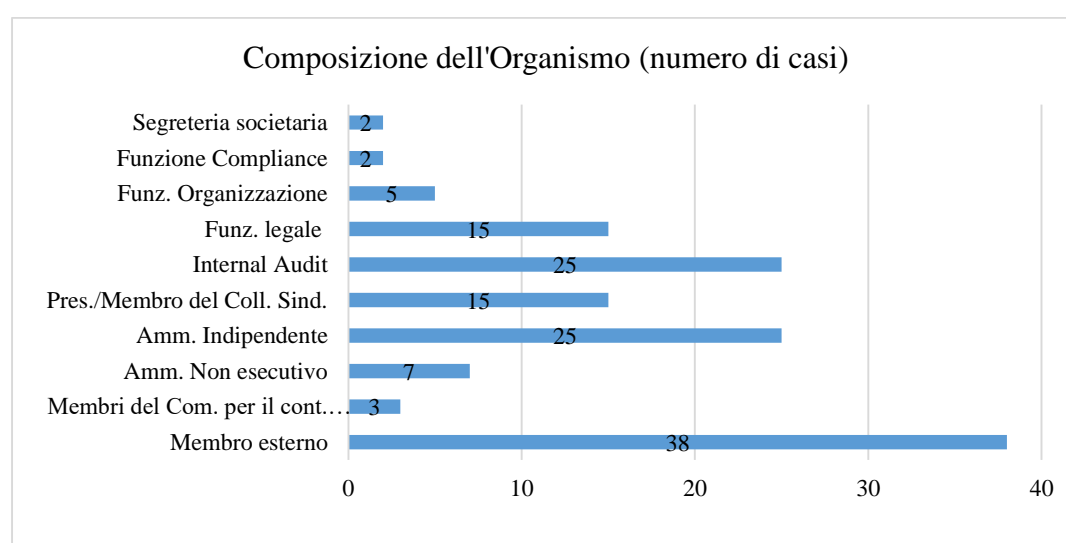


Figura 15 Rielaborazione dei dati in grafico circa la tipologia di Organismo reperiti in Modalità di attuazione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/01 nelle società italiane. I risultati dell'indagine, novembre 2010, COMPLIANCE AZIENDALE - GRUPPO ODV - ERNST&YOUNG, Battisti g. - Di Mario R. (a cura di), luglio 2010.

Nella ricerca si afferma anche che sono presenti negli OdV anche altre funzioni come la funzione risorse umane/personale, il *Risk Manager*, il controller, il servizio di Ispettorato, servizi generali, ufficio paghe senza specificare però l'incidenza della rilevazione. Si specifica invece che nel campione analizzato non coincide mai l'OdV con il Comitato per il controllo interno (oggi Comitato controllo e rischi).

2.7 PWC 2014

L'indagine di seguito illustrata dal titolo *D.Lgs. 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate* pubblicata nel 2014 è stata rivolta agli emittenti titoli quotati sui mercati regolamentati gestiti da Borsa Italiana al 31 marzo 2014 (230 società) mediante analisi delle informazioni fornite dalle società nei documenti pubblici quali il sito istituzionale della società o del gruppo, le informazioni contenute nel modello qualora disponibile e la relazione sul governo societario e gli assetti proprietari ex art. 123 - *bis* del TUF relativa all'esercizio 2013. Nel campione nel 97% dei casi il sistema di governo societario adottato risulta essere quello tradizionale.

2.7.1 Adozione del modello

Nell'indagine il 97% delle società dichiara di aver adottato il modello, il 2% di non averlo adottato e l'1% non fornisce informazioni.



Figura 16 Adozione del modello in D.Lgs. 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate, PWC, 2014, p. 9.

2.7.2 Caratteristiche dell'Organismo di vigilanza

Come riscontrato in altre indagini le informazioni circa la composizione dell'OdV sono molto poche, in questo caso fornisce l'indicazione il 31% del campione.

Tipologia di Organismo



Figura 17 Composizione dell'Organismo di Vigilanza - Esercizio 2013 in D.Lgs. 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate, PWC, 2014, p. 21.

Composizione dell'OdV collegiale

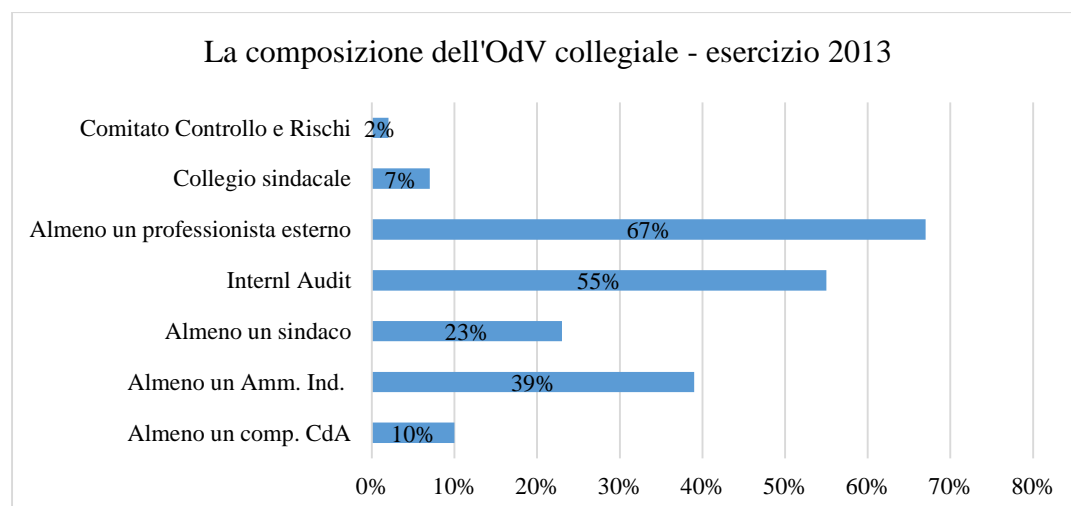


Figura 18 Composizione dell'OdV collegiale - esercizio 2013 in D.Lgs. 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate, PWC, 2014, p. 23.

Per la competenza del professionista esterno nel 36% la presenza è di un legale, nel 15% la presenza è di un aziendalista, nell'1% altra competenza.

2.8 Schema di sintesi dei risultati

Risultati sulla tipologia di Organismo

RICERCA	TIPO CAMPIONE	N. SOCIETA'	MONOCRATICO	COLLEGIALE
AIIA 2006	QUOTATE E NON	72	29%	71%
AIIA/CONFINDUSTRIA 2007	NON QUOTATE	88	40%	60%
ASSONIME 2008	QUOTATE E NON	131	16%	84%
AODV231	QUOTATE		8%	91%
PWC 2009	QUOTATE	275	-	-
COMPLIANCE AZIENDALE/GRUPPO ODV/H&Y	QUOTATE E NON	55	6%	94%
PWC 2014	QUOTATE	230	5%	94%

Tabella 3 Risultati sulla tipologia di Organismo.

Risultati sulla composizione

CATEGORIA	AIIA 2006 Q/NQ 72 u.	AIIA/CONF. 2007 NQ 88 u.	ASSONIME 2008 Q/NQ 131 u.	AODV 2008 Q n.d.	PWC 2009* Q 275 u.	COMPLIANCE 2010* Q/NQ 55 u.	PWC 2014 Q 230 u.
RESP./COMPONENTE L.A. O PREPOSTO AL CONTROLLO INTERNO	75%	60%	-	59% (comprende la coincidenza. con funz. di I.A.)	53%	-	-
I.A.	-	-	9%	Vedi sopra	-	46%	55%
AMM. IND./COM. CONT. INT (COM. CONT. E RISCHI)	64%	4%	-	61%	8%	64%	41%
COMP. CDA	-	22%		-	-	-	10%
PRES./COMP. COLL. SIND.	35%	13%	-	23%	21%	27%	23%
COLL. SIND.	-	-	-	-	-	-	7%
CONSULENTE ESTERNO	36%	22%	-	37%	35%	69%	67%
DIRIGENTE	13%	-	-	-	-	-	-
RESP. UFF. LEGALE/UFF. LEGALE	25%	31%	-	21%	-	27%	-
RESP. UFF. RIS. UMANE/UFF. RIS. UMANE	7%	9%	-	6%	-	-	-
FUNZ. ORGANIZZ.	-	-	-	-	-	9%	-
FUNZ. COMPLIANCE	-	-	-	-	-	4%	-
SEGRET. SOCIETARIA	-	-	-	-	-	4%	-
ALTRO	-	34%	4%	-	-	-	-

Tabella 4 Risultati sulla composizione, *Le percentuali sono state calcolate (sul totale delle società che hanno dichiarato di aver adottato il modello) perché la ricerca forniva dati in valore assoluto.

Va premesso che i dati della ricerca di AODV sono difficilmente paragonabili in quanto non è specificato il numero di società sulle quali è stata fatta la rilevazione.

Per quanto riguarda la tipologia di Organismo prevale la già preferita forma collegiale che negli ultimi risultati perviene al 94% delle preferenze.

Da una prima analisi, in termini di composizione, sembrerebbe che stia aumentando la tendenza a far coincidere l'OdV con l'Internal Audit. Non si hanno dati recenti sulla presenza di semplici componenti dell'internal Audit nell'OdV, ma fino al 2009 sembrava una scelta stabile. Nel complesso se si considerano insieme le categorie dei componenti dell'I.A. e dell'intera funzione si rileva una preferenza forte ad includere la funzione o componenti della funzione nell'Organismo, fatta salva l'anomalia del dato dell'indagine di ASSONIME e rilevando la particolarità del dato rilevato nella ricerca AIIA/CONFINDUSTRIA che è il più alto nonostante si riferisca a società non quotate.

Per quanto riguarda la presenza nell'OdV di amministratori indipendenti e membri del comitato del controllo interno da rilevare prima di tutto che il dato dell'indagine di AIIA/Confindustria del 2007 è viziato dal fatto che il campione è riferito a società non quotate. Il dato della indagine di PWC del 2009 invece è riferito solo al Comitato per il controllo interno. Se si considera gli altri risultati con i più recenti dell'indagine PWC 2014 si registra una significativa flessione. In calo anche la partecipazione di componenti esecutivi del CdA dal 22% rilevato nel 2007 al 10% rilevato nel 2014.

Altalenante e tutto sommato in flessione il dato circa la presenza nell'OdV di componenti del Collegio Sindacale. Molto bassa la percentuale di società che dopo la modifica dell'art. 6 ha deciso di far coincidere l'OdV con il Collegio Sindacale che risulta essere solo pari al 7% nel 2014.

In continuo aumento fino al 2010 e leggermente in flessione nel 2014 invece la presenza all'interno dell'OdV del consulente esterno che, come rilevato nella ricerca PWC 2014, a conferma dei risultati di Assonime nel 2008, risulta per la maggior parte delle volte essere un legale (36%) e più di rado un aziendalista (15%).

3 I RISULTATI DELLA RICERCA EMPIRICA FATTA SUGLI ASSOCIATI DI A.P.I. ASSOCIAZIONE PICCOLE E MEDIE INDUSTRIE

L'indagine sotto riportata è stata realizzata in collaborazione con A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, che opera nei territori di Milano, Monza, Lodi, Pavia, Bergamo e Cremona.

L'Associazione è nata nel 1946 e lavora tutt'oggi al servizio della piccola e media industria fornendo un servizio di consulenza ad ampio raggio alle imprese in molti ambiti quali la rappresentanza istituzionale presso i più importanti contesti di consultazione e contrattazione, la veicolazione verso professionisti di consolidata professionalità, l'assistenza tecnica per particolari problematiche in diversi campi come ad esempio l'interfaccia con società esterne per la risoluzione di problemi di outsourcing, la formazione continua, fino alla promozione di incontri e studi di settore.

Ad oggi l'Associazione conta 3 mila industrie associate, con oltre 70 mila addetti, distribuite in tutti gli ambiti produttivi dal metalmeccanico all'edile, dal chimico al plastico, dal tessile al grafico e cartotecnico, in seno all'Associazione, infatti, sono presenti nove gruppi di categoria nei quali le associate vengono inserite al momento dell'iscrizione: A.P.I. Alimentare; A.P.I. Chimica - aziende del settore chimica, gomma, plastica; A.P.I. Digitale - aziende del settore ICT; A.P.I. Edilizia ed affini; A.P.I. GEC - aziende del settore grafico, editoriale e cartotecnico; A.P.I. Legno e Arredo; A.P.I. Meccanica; Spedapi - aziende del settore trasporto, spedizioni e logistica; A.P.I. Tessile e Moda. Per rafforzare la sua presenza sul territorio e andare incontro alle esigenze di aree con insediamenti industriali particolarmente sviluppati, si avvale di sei distretti dotati di una propria sede ed apposite strutture per Monza-Brianza, per la zona Sud-Ovest di Milano, per Lodi, Pavia, Bergamo e Cremona.

Il campione che si è reso disponibile alla rilevazione delle informazioni è composto da 132 società di capitali che svolgono attività industriale nei mercati di competenza dell'associazione (alimentare, chimica, edilizia, arredo, meccanica, logistica, tessile e moda e digitale). Di queste 88 hanno dichiarato di aver implementato un modello 231 fornendo altresì le informazioni sulla sua composizione. Per quanto l'analisi sia stata effettuata su un campione "di comodo" e non possa dirsi rappresentativa dell'universo, questa sostanzialmente riflette le

tendenze già evidenziate in passato in ricerche precedenti ed offre all'operatore un quadro sulle PMI assai poco indagate in precedenza.

3.1 Questionario sottoposto

Con il prezioso ausilio dell'Associazione è stato concordato il testo di un'indagine facoltativa da sottoporre agli associati che, oltre a definire quello che era l'oggetto dell'analisi di questo lavoro, la composizione dell'Organismo di Vigilanza, riuscisse a delineare anche ulteriori informazioni sul sistema di amministrazione e controllo.

Il questionario è stato compilabile *online* tre settimane ed è stato messo a conoscenza degli associati mediante la *news* periodica dell'associazione. Costituendo un'indagine veicolata nel contesto delle news dell'associazione è stato essenziale la brevità della stessa anche al fine di non scoraggiarne la compilazione. Per questo motivo nella sezione circa la composizione dell'Organismo sono state individuate alcune categorie ed è stata lasciato, alla categoria "altro", uno spazio apposito per inserire manualmente la categoria di interesse eventualmente non presente, spazio che tuttavia non è mai stato utilizzato. L'indagine, infine, è stata calibrata, anche nell'inserimento delle categorie relative alla composizione, sulle società di capitali non quotate.

3.2 Risultati

L'indagine constava di un questionario diviso in due sezioni; l'indagine, infatti, prevedeva due fasi di partecipazione: la prima era indirizzata alla comprensione delle caratteristiche delle imprese che avevano deciso di aderire alla consultazione dal punto di vista dei sistemi di amministrazione e controllo e della cultura aziendale in termine di sistemi di gestione; la seconda, accessibile solo a chi avesse dichiarato di aver implementato un modello di organizzazione e gestione, era intenta a definire le caratteristiche dell'Organismo di Vigilanza. All'indagine hanno partecipato 132 Industrie delle quali 88 hanno dichiarato di aver adottato un Modello 231. Di seguito i risultati per singolo quesito. Fino al quesito sull'adozione del modello i risultati son stati percentualizzati su 132 società, successivamente su 88.

DISTRETTO DI RESIDENZA

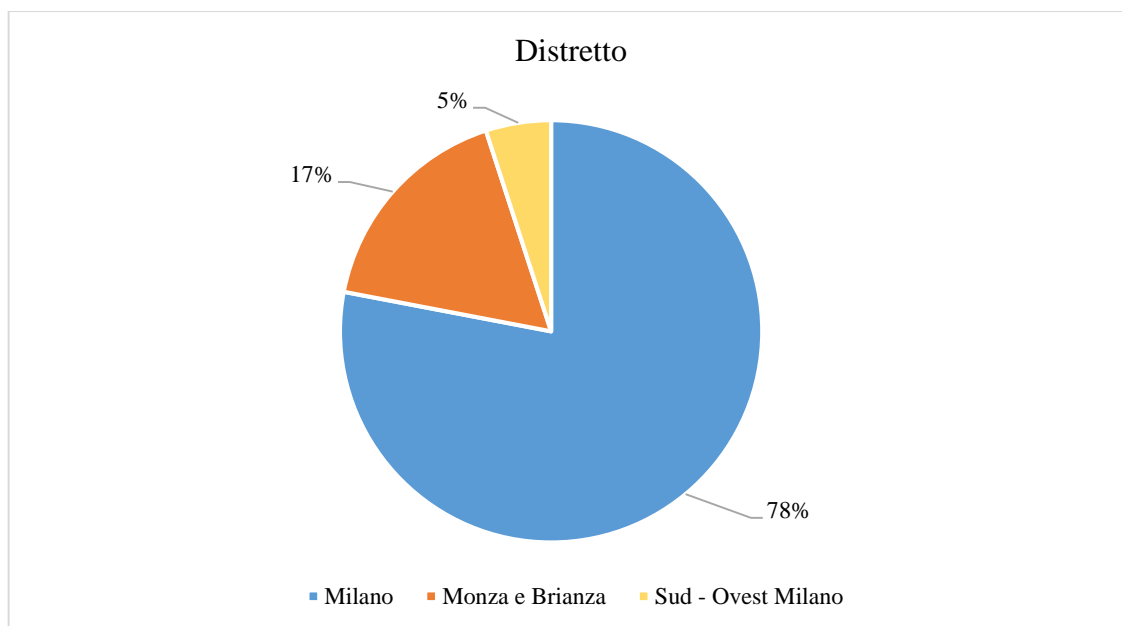


Figura 19 Distretto di residenza, Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIPI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.

TIPOLOGIA DI ENTE

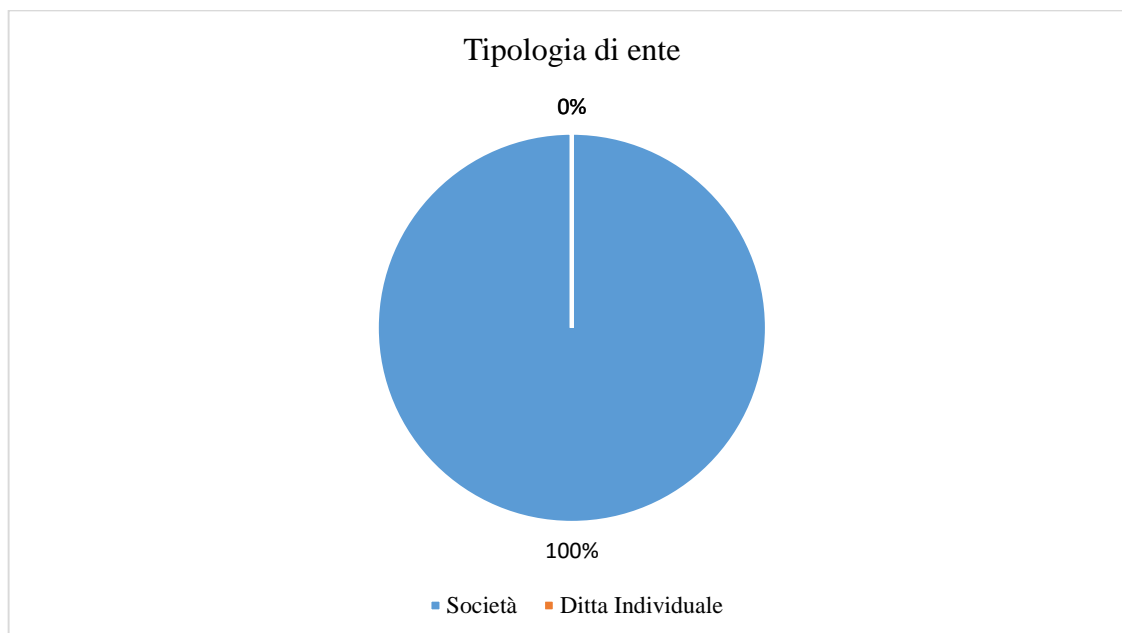


Figura 20 Tipologia di ente, Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIPI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.

TIPOLOGIA SOCIETARIA

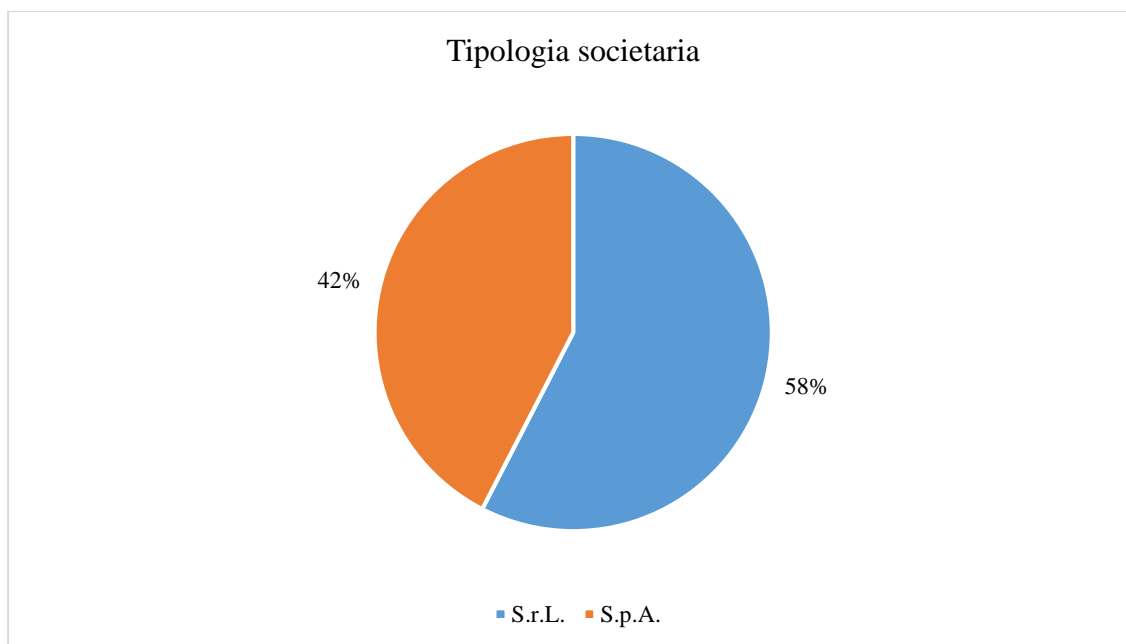


Figura 21 Tipologia societaria, *Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.*

ORGANO AMMINISTRATIVO

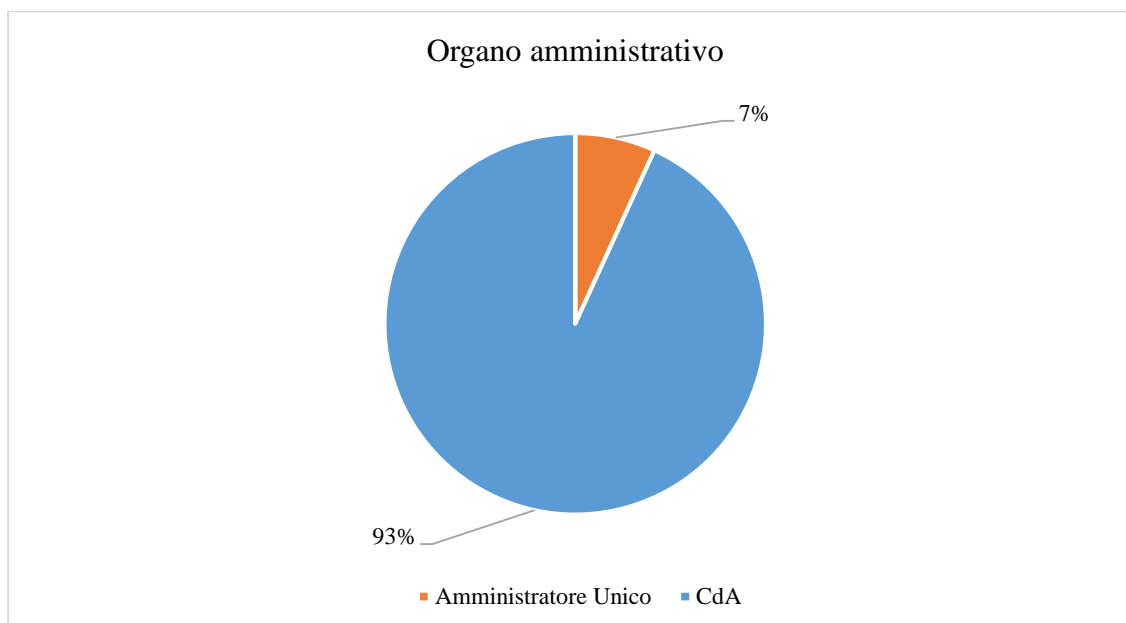


Figura 22 Organo Amministrativo, *Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.*

ORGANO DI CONTROLLO

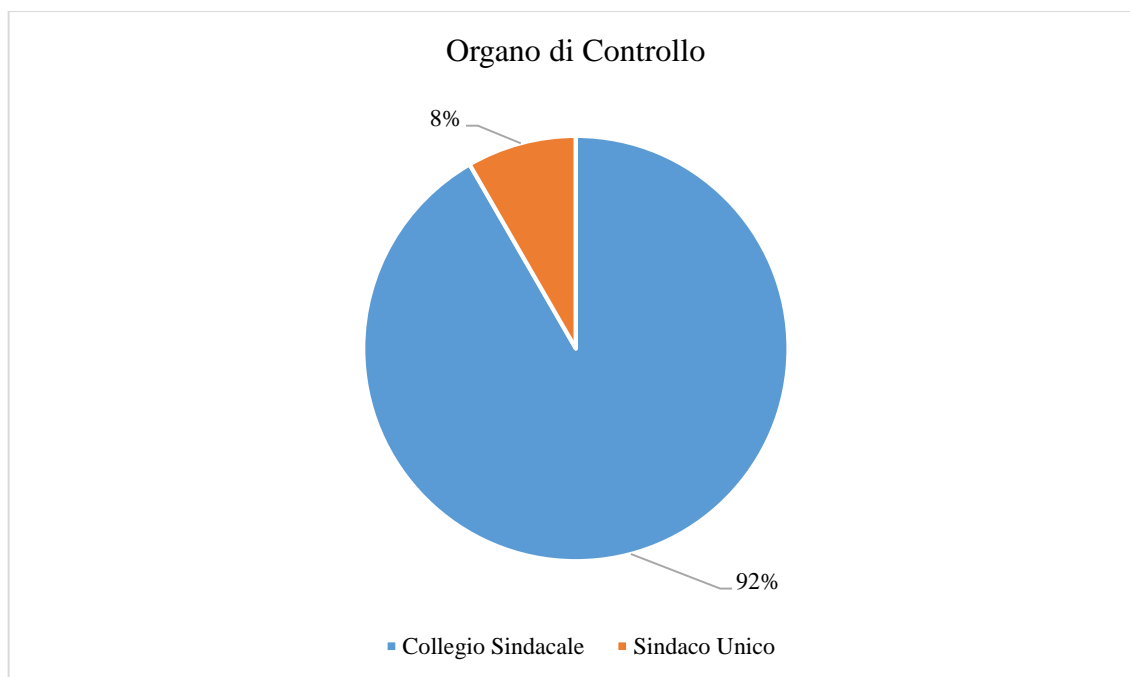


Figura 23 Organo di controllo, *Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.*

CERTIFICAZIONE DEL SISTEMA DI GESTIONE

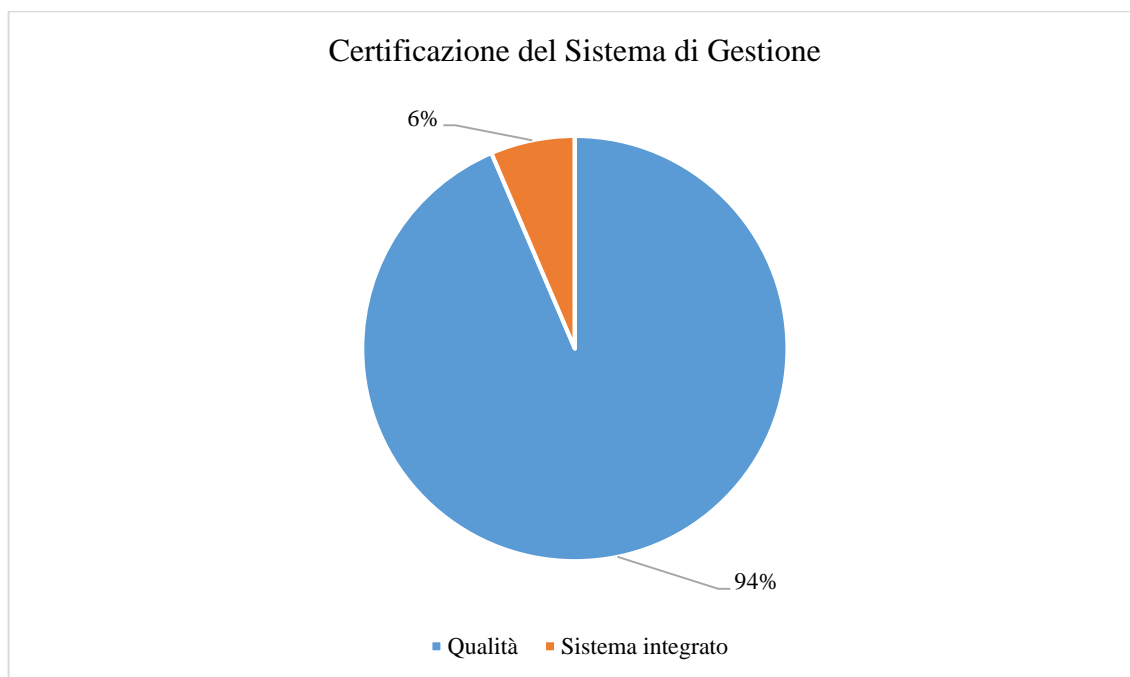


Figura 24 Certificazione del Sistema di Gestione, *Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.*

ADOZIONE DEL MODELLO 231

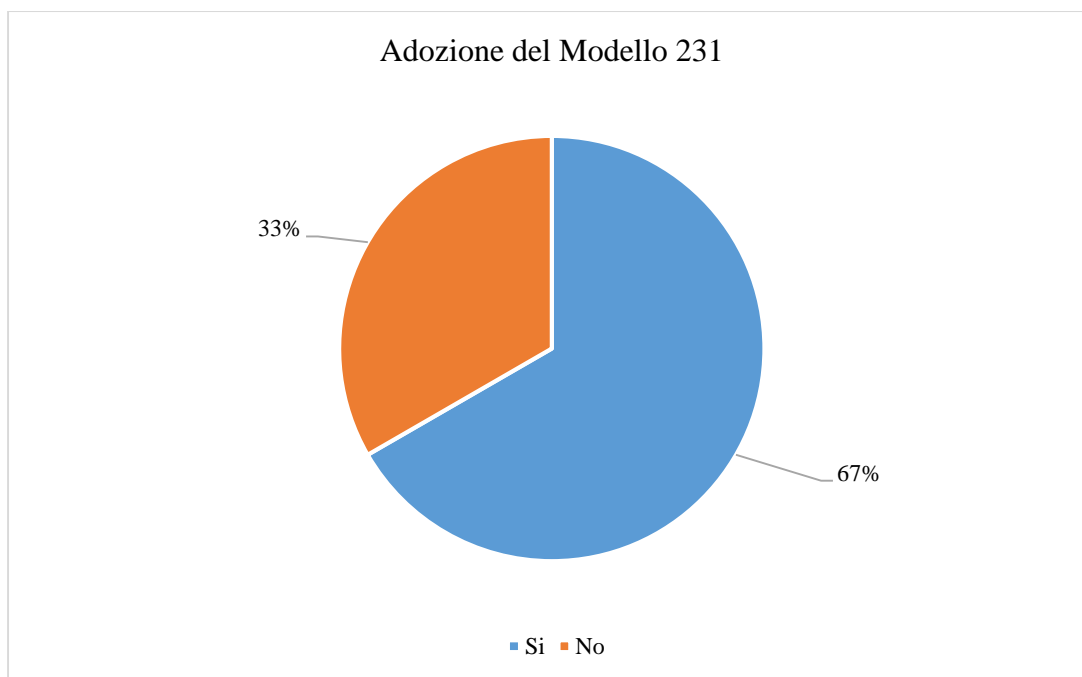


Figura 25 Adozione del modello 231, Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.

Per quanto concerne la prima parte dell'indagine dai risultati viene confermato che i soggetti componenti il campione sono tutte società di capitali per la maggioranza S.r.l. (58%). Si rileva che la totalità delle società che hanno partecipato all'indagine possiede un sistema tradizionale di amministrazione e controllo, infatti, nel 93% dei casi l'organo amministrativo è il consiglio di amministrazione (nella restante parte del campione l'Amministratore unico) e nel 92% dei casi l'organo di controllo è il collegio sindacale (nella restante parte sindaco unico). Cercando di verificare se l'attenzione alla predisposizione del modello fosse correlata ad una attenzione estesa e generalizzata ai sistemi di gestione è stato interessante rilevare che nel 6% dei casi le imprese possedessero la certificazione di un sistema integrato di gestione (qualità, ambiente e sicurezza)⁴⁹⁷ e nel 94% dei casi invece possedessero la certificazione del sistema di gestione della qualità, a dimostrazione del fatto che la valorizzazione dello strumento del modello di gestione e controllo si realizza negli ambienti dove si è già sviluppata una cultura della prevenzione e dell'analisi e gestione dei rischi. Nel

⁴⁹⁷ Per la Qualità ISO 9001:2015 (UNI EN ISO 9001:2015); per l'ambiente ISO 14001:2015 (UNI EN ISO 14001:2015); per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro BS OHSAS 18001:2007.

campione oggetto di osservazione il 67% delle Società possiede un modello di organizzazione e gestione.

TIPOLOGIA DI ORGANISMO

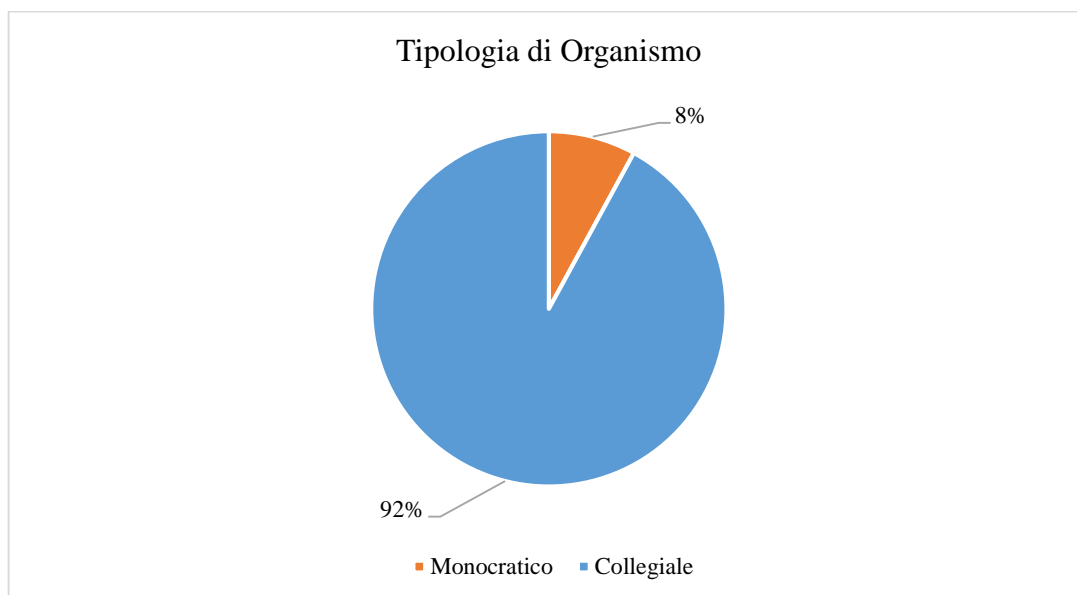


Figura 26 Tipologia di Organismo, *Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.*

SE COLLEGIALE, IL NUMERO DEI COMPONENTI

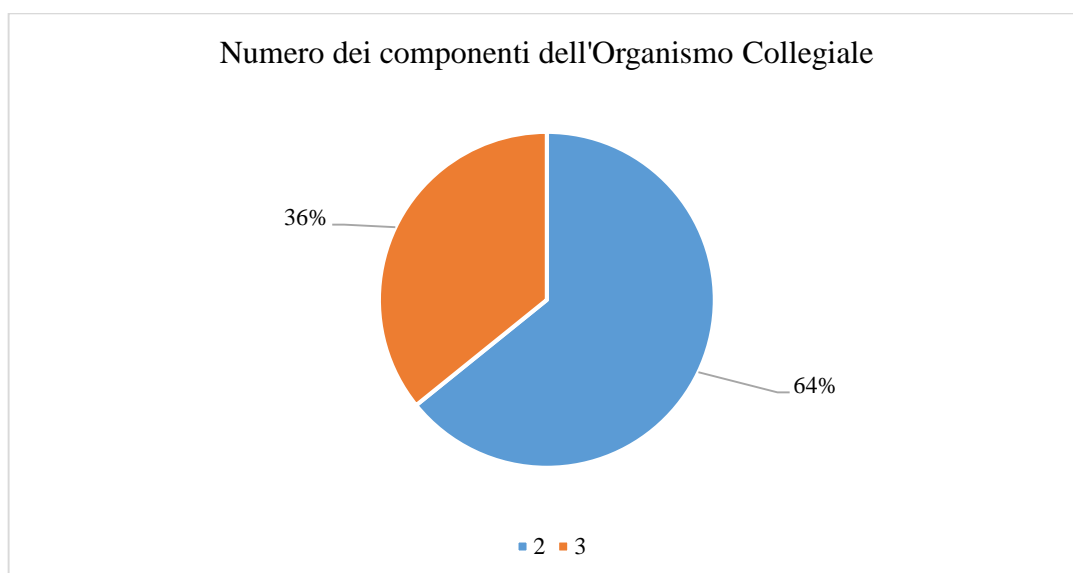


Figura 27 Numero dei componenti dell'OdV collegiale, *Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.*

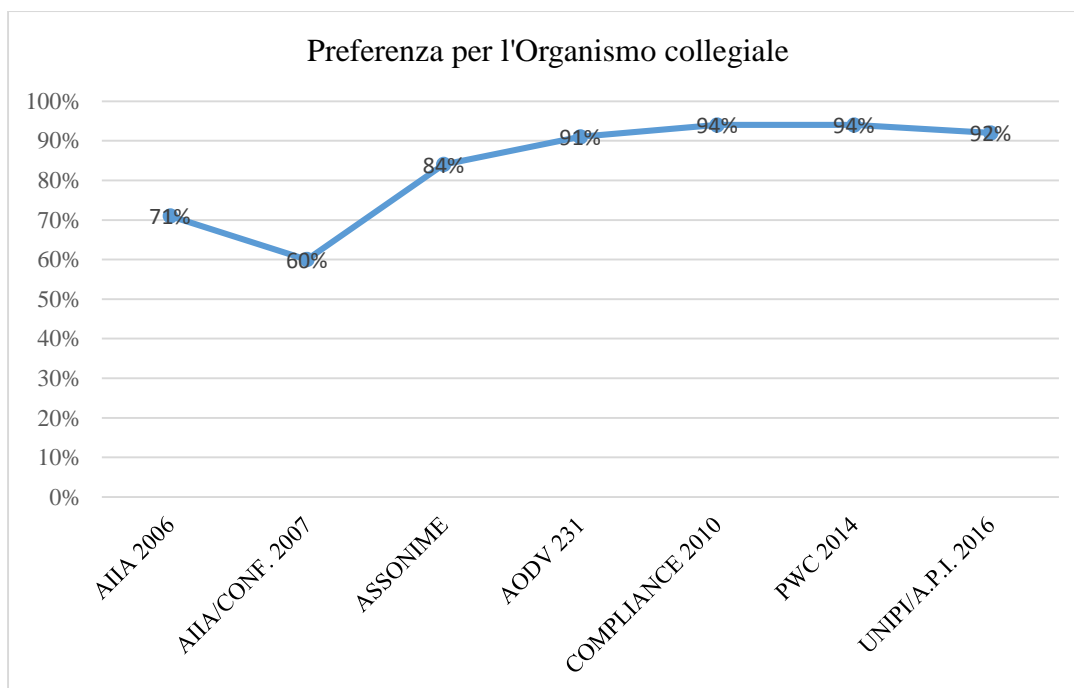


Figura 28 Preferenza per l'Organismo collegiale, *Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIP/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.*

Dai dati della seconda sezione del questionario risulta fortemente prevalente l'adozione di una tipologia di Organismo Collegiale. Tale tipologia è scelta dal 92% delle società in possesso del modello. Questo risultato conferma la tendenza già evidenziata dall'analisi delle precedenti ricerche e risulta di molto superiore al risultato dell'unica indagine effettuata nel 2007 su società non quotate, indagine che per tipologia di campione è la più vicina a quella effettuata in questa sede, che presenta invero una percentuale del 60%; la forma collegiale risulta quindi essere la preferita sicuramente per il contributo che essa dà in termini di autonomia indipendenza e professionalità. La scelta di chi adotta un Organismo collegiale ricade per il 64% dei casi in un Organismo a 2 componenti e nel 36% in un Organismo a 3 componenti, non essendo state evidenziate ulteriori preferenze.

TIPOLOGIA DI COMPONENTI (COLLEGIALE/MONOCRATICO)

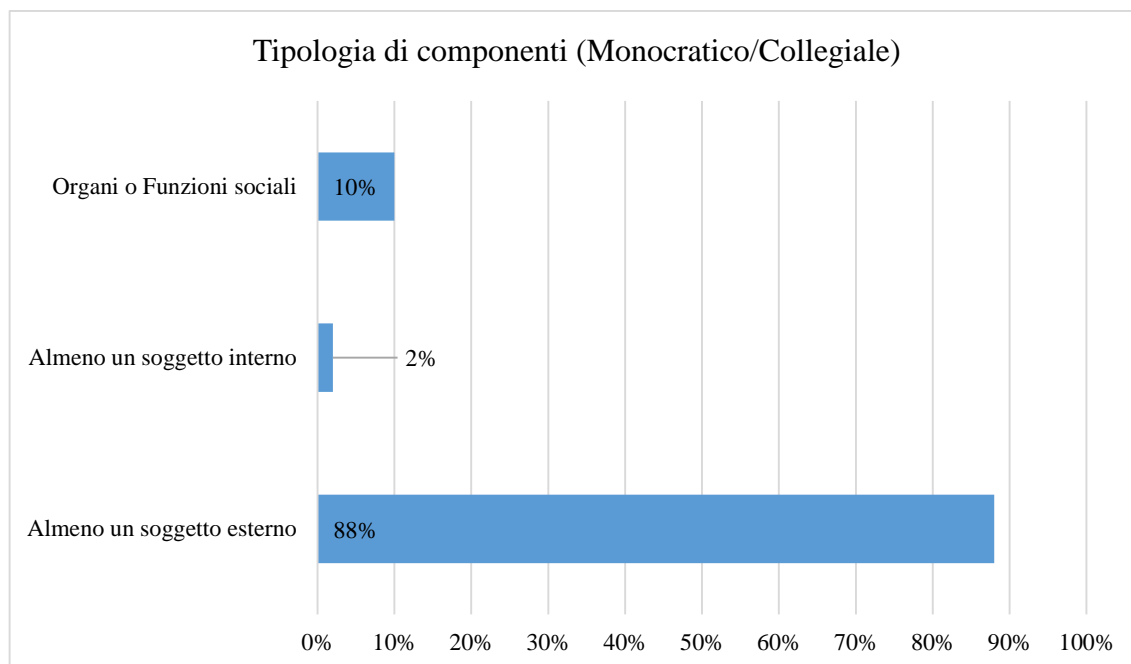


Figura 29 Tipologia di componenti (Monocratico/Collegiale), Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.

TIPOLOGIA COMPONENTI INTERNI

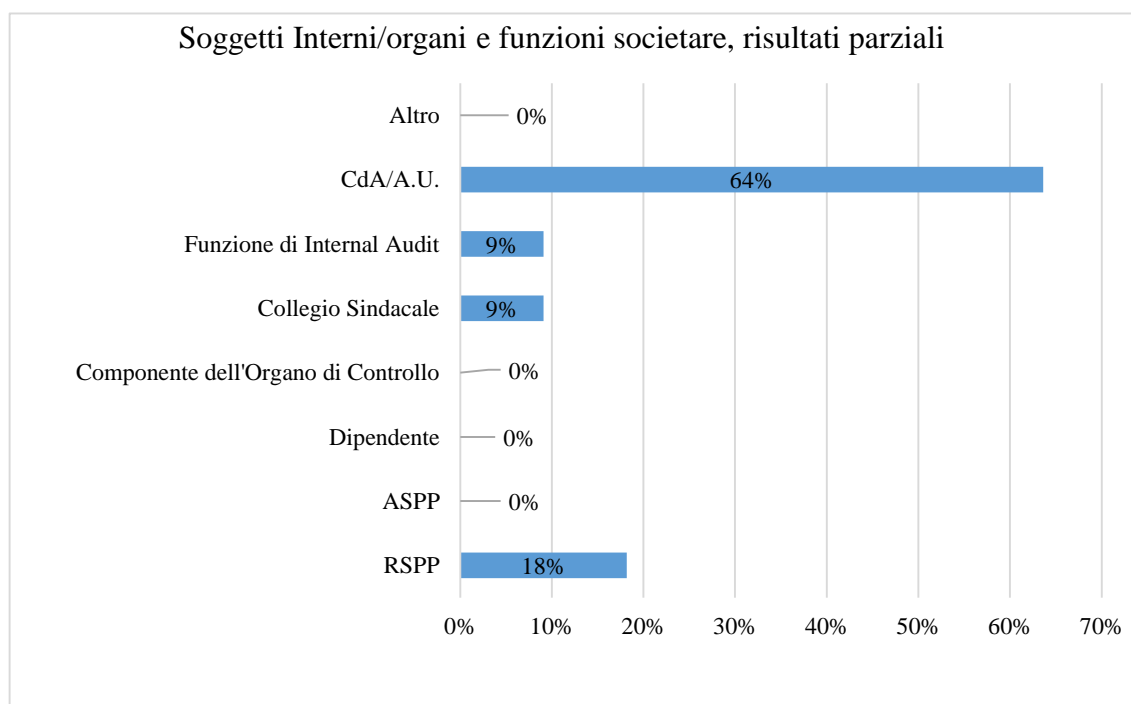


Figura 30 Tipologia di componenti interni, Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.

TIPOLOGIA COMPONENTI ESTERNI

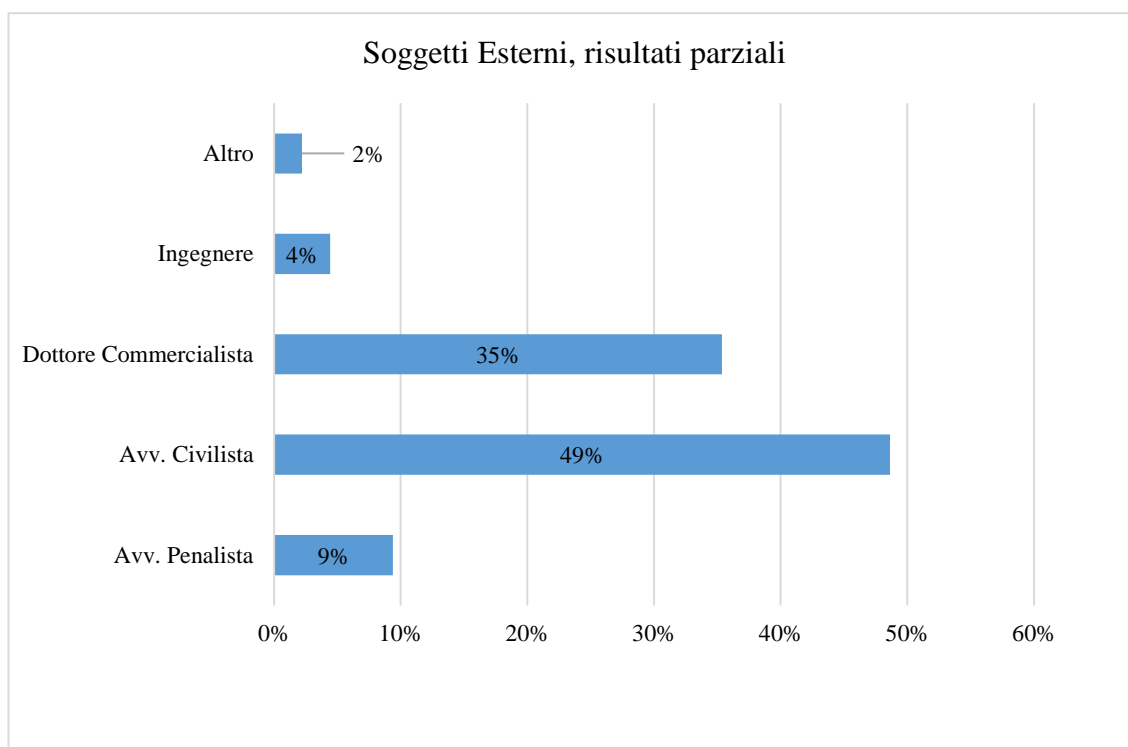


Figura 31 Tipologia di componenti esterni, Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.

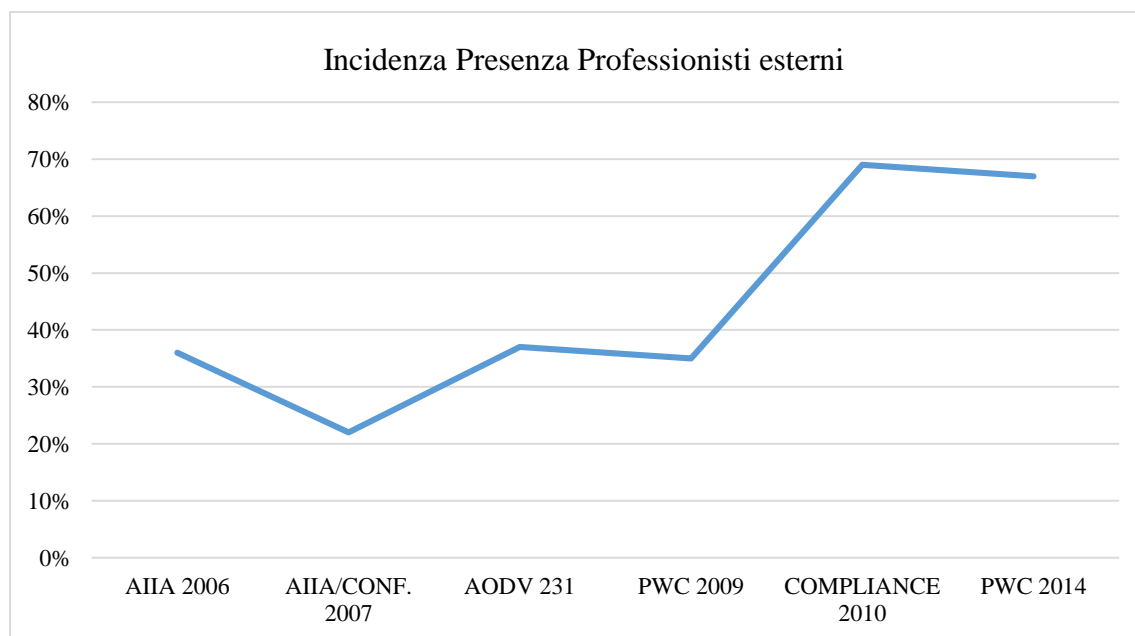


Figura 32 Incidenza professionisti esterni, Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.

COMPOSIZIONE

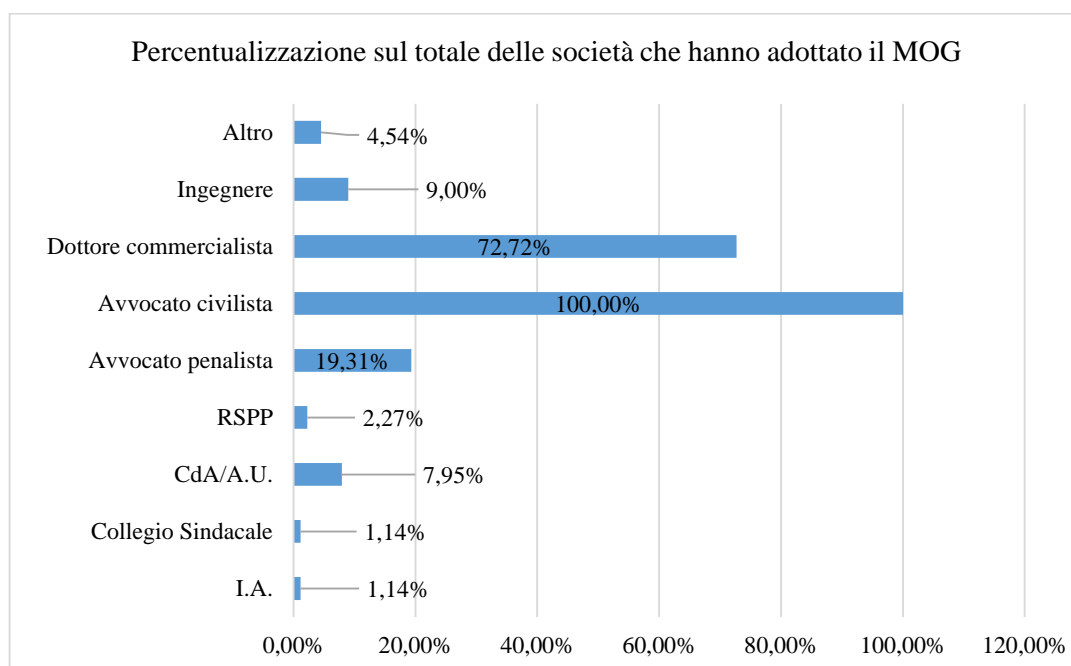


Figura 33 Composizione, Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.

Per quanto riguarda la composizione nel 10% dei casi essa si caratterizza per la coincidenza dell'Organismo con un organo societario, nel 2% vi è la presenza di almeno un soggetto esterno e nell'88% vi è la presenza di almeno un soggetto esterno. Questo risultato conferma la tendenza in crescita delle precedenti ricerche circa la partecipazione di almeno un professionista esterno nell'Organismo. Ancora, a conferma delle ricerche precedenti, la figura maggiormente coinvolta nella composizione dell'Organismo come soggetto esterno è l'avvocato nel 58% dei casi (sul totale delle società partecipanti all'indagine 100%), ma solo nel 9% penalista (sul totale delle società partecipanti all'indagine il 19,31%), a seguire la figura del Dottore commercialista nel 35% dei casi (sul totale delle società partecipanti all'indagine il 72,72%) e nel 4% dei casi un ingegnere (sul totale delle società partecipanti all'indagine 9%). Nell'indagine si è poi rilevato un 2% (sul totale delle società partecipanti all'indagine 4,54%) in cui nell'Organismo come soggetti esterni vi sono altre figure ma non è stato specificato quali fossero.

Per quanto riguarda i soggetti interni, invece, nella maggioranza dei casi, il 64% (sul totale delle società partecipanti all'indagine 7,95%), è stato indicato che l'Organismo di vigilanza coincide con l'organo gestorio (Consiglio di Amministrazione o Amministratore Unico), nel 9% l'Organismo coincide con il

Collegio Sindacale (sul totale delle società partecipanti all'indagine 1,14%, il dato qui potrebbe essere influenzato dalla forte presenza di S.r.l, ma comunque è in linea con l'ultima ricerca di PWC realizzata nel 2014 che rileva un 7% nonostante si tratti in quel caso di società quotate), nel 9% coincide con la Funzione Internal Audit (sul totale delle società partecipanti all'indagine 1,14%, il valore sicuramente è influenzato dalla dimensione piccola e media delle industrie del campione) e purtroppo nel 18% dei casi (2,27% sul totale delle società partecipanti all'indagine) all'interno dell'Organismo è presente come componente un RSPP, figura altamente sconsigliata anche dalle linee guida di Confindustria in quanto subordinata e soprattutto operativa.

CONCLUSIONI

La predisposizione di un modello di organizzazione e gestione ai fini esimenti, come in precedenza sottolineato, rappresenta, nella quasi totalità dei casi, una facoltà od un onere per l'ente. La previsione di un criterio di imputazione soggettivo, che consideri la commissione del reato come espressione della politica d'impresa salvo prova contraria o che preveda di provare il collegamento tra il reato commesso ed una carenza organizzativa, era un presupposto mancante nell'originaria legge delega ed è sicuramente un'opportunità che il Legislatore delegato ha previsto in un'ottica premiante per gli enti che focalizzano i loro sforzi in una profonda attività di analisi, valutazione e gestione dei rischi, in questo caso, del rischio di commissione dei reati - presupposto. Questo atteggiamento premiale nell'ambito della *compliance* penalistica è sicuramente frutto di un orientamento, un *fil rouge*, che sempre di più caratterizza lo spirito degli interventi normativi, prova ne è, in ambito fiscale, la recente previsione della *tax compliance* con le imprese di maggiori dimensioni nella legge delega n. 23/2014. Questi interventi sono volti prima che a sanzionare l'ente a far sì che l'ente possa predisporre in modo tale da non essere sanzionato. La predisposizione del modello, seppur facoltativa, acquisisce valore esimente solo se esso risulta efficacemente attuato e la Giurisprudenza individua nell'elemento della composizione dell'Organismo di vigilanza un elemento essenziale affinché il modello possa ritenersi efficacemente attuato. Il Legislatore però non offre un canone di adeguatezza al quale conformarsi per la composizione di detto Organismo. Anzi, le uniche previsioni relative alla composizione contenute nei commi 4 e 4 - *bis* dell'art. 6 del decreto possono essere in qualche modo criticabili ad avviso di chi scrive. È affermato da più parti che sia da escludere assolutamente la coincidenza dell'Organismo e dell'organo dirigente per la necessità che il soggetto controllore ed il soggetto controllato non coincidano e difatti anche la stessa presenza di componenti del CdA non si riscontra quasi più all'interno dell'Organismo in base al risultato della ultima indagine realizzata da PWC all'interno delle società quotate, ma il comma 4 prevede che ciò sia possibile per gli enti di piccole dimensioni, nell'indagine realizzata per questo lavoro è l'opzione scelta nell'8% dei casi, senza fornire però una definizione di piccola dimensione. In ragione della composizione del tessuto imprenditoriale italiano questa previsione potrebbe riguardare la quasi totalità degli

enti e qualora però il giudice, a cui spetta il vaglio finale di adeguatezza, non ritenga l'ente di piccole dimensioni, la composizione sì fatta rischia di pregiudicare la valutazione di efficacia del modello e dunque la scelta di questa opzione potrebbe rivelarsi un'arma a doppio taglio. La possibilità prevista al comma 4 - *bis* di far coincidere l'Organismo con l'organo di controllo, invece, è in contrasto con quanto fino a quel momento espresso dalla dottrina e dalla prassi soprattutto per i sistemi alternativi di amministrazione e controllo, ed infatti, forse proprio per le riserve precedentemente espresse, la facoltà risulta essere scelta, nell'ultima ricerca fatta sulle società quotate, nel 7% dei casi e nella ricerca fatta in questo lavoro, a causa anche del tipo di campione composto per il 58% da S.r.l., nell'1,14% dei casi. Risulta invece essere in crescita, in base alle ricerche precedenti e a quella realizzata ai fini di questo lavoro, la composizione collegiale e la presenza di professionisti esterni nell'Organismo (avvocati, commercialisti e tecnici), presenti in media nel 68% dei casi nelle precedenti ricerche e presenti nella presente indagine nel 100% dei casi in cui l'organismo non fosse coinciso con un organo o una funzione sociale. In base alle precedenti indagini, rimane più o meno costante la percentuale di società quotate che inseriscono all'interno un componente dell'Organo di controllo, circa il 23%, ed è in aumento la percentuale delle società che inseriscono all'interno dell'Organismo un componente della funzione *Internal Audit*, possibilità realizzabile solo nelle società più strutturate (nella ricerca realizzata ai fini di questo lavoro solo nell'1,14% dei casi). In conclusione quindi si può affermare che la composizione dell'Organismo, posto che la sua adeguatezza sarà sempre e comunque al vaglio insindacabile del giudice, affinché possa consentire la valutazione di efficacia del modello e dunque l'esimenza per l'Ente dovrà sicuramente in primo luogo tenere di conto delle aggiornate risultanze della prassi, della dottrina e della giurisprudenza di maggior rilievo per evitare scelte già ritenute inadeguate e per dimostrare l'attenzione dell'Ente a conformarsi alle *best practices* esistenti. In secondo luogo essa però dovrà essere calibrata sulla dimensione dell'impresa (che può essere apprezzata dal punto di vista del numero e della varietà delle commesse, del numero dei dipendenti, del numero sedi o dalla dislocazione geografica delle stesse) nonché dovrà essere calibrata sulla base del tipo di attività svolta, quindi in base alla valutazione, effettuata in sede di *Risk Assessment* della varietà e della rilevanza dei processi sensibili dal punto di vista dei reati presupposto nonché, per ultimo, sulla base della complessità organizzativa e sulla base della presenza o meno di un efficace sistema di controllo

interno sul quale poter fare affidamento per una efficace e continua attività di vigilanza. La composizione ritenuta più opportuna, in base alle voci più autorevoli, sarebbe per gli enti di medie - grandi dimensioni un Organismo collegiale costruito *ad hoc*, a composizione mista e con prevalenza di soggetti esterni, quindi almeno di 3 componenti. Il soggetto interno dovrà essere preferibilmente con competenze di controllo, competenze nel *Risk Management* e comunque dovrà essere senza compiti operativi e non appartenente alle funzioni rilevanti ai fini dei reati presupposto. I soggetti esterni potranno essere Aziendalisti, Commercialisti, Avvocati anche specializzati in ambito penalistico e tecnici, ad esempio Ingegneri. Ad avviso di chi scrive all'interno dell'Organismo, oltre alla figura dell'Avvocato penalista per la cura degli ovvi profili penalistici, potrebbe essere maggiormente adeguata la presenza di un Commercialista in relazione alle tipiche competenze trasversali in campo economico (anche statistico), aziendale ed amministrativo; la figura del tecnico, come ad esempio un Ingegnere, potrebbe, invece, essere più adeguata per la predisposizione del modello in relazione ai protocolli relativi alle materie di sua competenza e alle verifiche tecniche come consulente dell'Organismo. La figura interna che per eccellenza risulterebbe adeguata è il responsabile della funzione *Internal Audit*, per il ruolo cardine che già svolge in tema di controllo e per il legame che potrebbe fornire con l'ente anche in termini di continuità. Nell'Ente di piccole dimensioni, qualora questo tipo di composizione così variegata non fosse possibile, è ritenuta accettabile anche una composizione collegiale mista di 2 componenti o una composizione monocratica con un soggetto preferibilmente esterno, per rispettare i requisiti di autonomia, indipendenza e professionalità o, se interno, sempre con competenze di controllo e senza compiti operativi e comunque non coinvolto nelle funzioni ricomprese nelle aree di rischio reato, considerando che l'Organismo, con la predisposizione di un *budget* a sua disposizione, potrà avvalersi di competenti esperti contattati alla bisogna. L'Ente dovrà quindi considerare attentamente tutti i *driver* di scelta realizzando una attenta valutazione costi - opportunità e tenendo ben presente che la giurisprudenza ha sempre negato la valutazione di efficacia alle scelte che fossero o apparissero di mera convenienza o fossero il frutto dell'applicazione burocratica e formale della normativa piuttosto che sostanziale e frutto di un'attenta valutazione calibrata sulle caratteristiche proprie dell'ente volta ad un adeguamento effettivo dell'assetto organizzativo e gestorio in termini di *compliance* che risulta essere uno dei fini più importanti della normativa.

BIBLIOGRAFIA

INDICE DELLA DOTTRINA

ANACLERIO M. (*et al.*), *Internal Auditing*, Milano: Ipsoa, Wolters Kluwer, 2011.

BASSI - EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Giuffrè, 2006.

BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Cedam, Wolters Kluwer, 2012.

BIANCHI G., *Amministratori e sindaci. Gli adempimenti e le responsabilità*, Milano: Utet Giuridica, Wolters Kluwer, 2010.

BIANCHINI M. – DI NOIA C., *I controlli societari, molte regole nessun sistema*, Milano: Egea, 2010.

BOMPIANI A. *Sindaco e revisore di società. La revisione legale dei conti nel diritto societario*, Milano: Ipsoa, Wolters Kluwer, 2014.

CADOPPI A. – GARUTI G. – VENEZIANI P., *Enti e responsabilità da reato*, Milano: Wolters Kluwer, Utet giuridica, 2010.

CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, Vol. 1, Diritto dell'impresa*, 6^a Edizione, Milano: Wolters Kluwer Italia S.r.l., Utet Giuridica, 2012.

CAVADINI A.M. – LUCIETTO G. (curatori), *Risk Management, conoscenze e competenze di un unico processo*, Bari: Carucci Editore, 2014.

CAPOLUPO S. (*et al.*), *Antiriciclaggio. Obblighi per i professionisti, intermediari e altri soggetti*, Milano: Ipsoa, Wolters Kluwer, 2015.

D'AVIRRO, DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009

D'ONZA G., *Il sistema di controllo interno nella prospettiva del Risk Management*, Milano: Giuffrè Editore, 2008.

D'ONZA G., *La prevenzione delle frodi aziendali, alla radice della responsabilità sociale*, Milano: Franco Angeli, 2014.

DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano: Giuffrè Editore, 2002.

DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2015.

DE SIMONE G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, ETS, Pisa, 2012.

DE VIVO A., *Il professionista ed il D.lgs. 231/2001*, Milano: Ipsoa, Wolters Kluwer, 2012.

DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa: La responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer Italia, Cedam, 2009.

MARCHI L., *Revisione Aziendale e sistemi di controllo interno*, Milano: Giuffrè Editore, 2012.

MIGLIETTA A. (et al.), *La valutazione del sistema di controllo interno*, Milano: Ipsoa, Wolters Kluwer, 2012.

PASCULLI M. A., *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano*, Bari: Cacucci Editore, 2005.

PESENATO A. – PESENATO E., *Organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001*, Milano: Ipsoa Manuali, Wolters Kluwer, 2015.

PIROLA G. – OCCHETTA L., *L'Organismo di Vigilanza, Guida ai controlli societari*, Milano: Gruppo24ore, 2015.

RONCO M. - ROMANO B. (a cura di), *Codice penale commentato*, Quarta edizione, Milano: Wolters Kluwer, Utet giuridica, 2012, pp. 1134 - 1136.

STRAZZERI C. A. – RUPIC M., *Manuale pratico dell'Organismo di Vigilanza*, Milano: Wolters Kluwer, 2014.

INDICE DEI DOCUMENTI

ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità delle banche*, febbraio 2004.

ABI, *Position Paper in risposta alla procedura di consultazione della Banca d'Italia "Sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa"*, novembre 2012.

AGCM, *Regolamento Rating di legalità. Regolamento di attuazione dell'art. 5-ter del dl 1/2012, così come modificato dall'art. 1, comma 1-quinquies, del dl*

29/2012, convertito con modificazioni dalla legge 62/2012, Delibera n. 24075, 14 novembre 2012.

AIIA, *Standard 2010 – piano delle attività di internal audit*.

AIIA, *Benchmark D.lgs. 231/01 nei diversi settori economici*, aprile 2006.

AIIA - CONFINDUSTRIA, *La Responsabilità Amministrativa delle Società. Un'indagine sull'adozione del modello organizzativo previsto dal D.lgs. 231/01 nelle società non quotate*, gennaio 2007.

AIIA - KPMG, *La compliance al D.Lgs. 231/01 nei grandi gruppi*, marzo 2012

ANAC, *Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*, Determinazione n. 8, 17 giugno 2015.

ANIA, *Linee Guida per il settore assicurativo ex art. 6, com.3, D.Lgs 231/01*, febbraio 2008.

AODV, *Requisiti e composizione dell'organismo di vigilanza*, 1 febbraio 2010.

AODV, *La modifica dell'art. 6 del D.lgs. 231/2001: critica ragionata all'attribuzione al collegio sindacale della funzione di organismo di vigilanza*, 23 marzo 2012.

AODV, *Proposta di riforma del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, 9 marzo 2016.

ASSOBIMEDICA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001*, novembre 2013.

ASSONIME, *Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001*, Roma, maggio 2008.

ASSONIME, *Consultazioni ANAC e MEF sull'applicazione della disciplina in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza alle società a partecipazione pubblica*.

ATTO DEL CONSIGLIO, *Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle comunità europee*, 26 luglio, 1995.

ATTO DEL CONSIGLIO, *Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea*, 26 maggio 1997.

ATTO DEL CONSIGLIO, *Secondo protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*, 19 giugno 1997.

BANCA D'ITALIA, *Documento per la consultazione. Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche. Sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa*, 4 settembre 2012.

BANCA D'ITALIA - CONSOB, *Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio*, provvedimento del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con atti congiunti Banca d'Italia/Consob del 9 maggio 2012, del 25 luglio 2012 e del 19 gennaio 2015.

BORSA ITALIANA S.p.A., *Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana S.p.A.*, 16 marzo 2016.

CENTRO STUDI FORENSE, *L'Organismo di Vigilanza nel modello 231, struttura e aspetti operativi dell'Odv sull'osservanza e il funzionamento del modello*, Euroconference, Verona, 2013.

CNDCEC, *PO - 44/2009, tariffa professionale - art. 32 TP - compenso componente organismo di vigilanza ex art. 6 d.lgs. n. 231/2001*, 24 febbraio 2009, protocollo n. 1966.

CNDCEC, *Norme di comportamento del Collegio Sindacale*, 15 dicembre 2010.

COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di Autodisciplina*, luglio 2014.

COMPLIANCE AZIENDALE - GRUPPO ODV - ERNST&YOUNG, BATTISTI G. - DI MARIO R. (a cura di), *Modalità di attuazione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/01 nelle società italiane. I risultati dell'indagine*, novembre 2010.

CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*, Approvate il 7 marzo 2002, Aggiornate al marzo 2014.

CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, Massima n. 100 (Amministratore persona giuridica di società di capitali (artt. 2380-bis e 2475 c.c.)), reperibile su www.consiglionotarilemilano.it, 18 maggio 2007.

CONSOB, *regolamentazione n. 5387*, 2 luglio 1991.

CONSOB, *delibera n. 15786*, 27 febbraio 2007.

D.P.C.M., *Linee di indirizzo per l'elaborazione del P.N.A.*, 12 marzo 2013.

GASPARRI G., *I controlli interni nelle società quotate*, CONSOB, Quaderni Giuridici, n.4, settembre 2013.

GAZZETTA UFFICIALE DELLE COMUNITA' EUROPEE, C 316, 27 novembre 1995.

GAZZETTA UFFICIALE DELLE COMUNITA' EUROPEE, C 195, 25 giugno 1997.

GAZZETTA UFFICIALE DELLE COMUNITA' EUROPEE, C 221, 19 luglio 1997.

GAZZETTA UFFICIALE, n. 265, 13 novembre 2012.

GUARDIA DI FINANZA, *Volume III. Responsabilità amministrativa degli enti dipendenti da reato – Accertamento della responsabilità – Percorso operativo vol. I, Vol. II*, Circolare n. 83607, 19 marzo 2012.

IRDCEC, *Documento n.18, Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, maggio 2013.

ISVAP, *regolamento n. 20*, 26 marzo 2008.

MEF - ANAC, *Documento condiviso dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e dall'Autorità Nazionale Anticorruzione per il rafforzamento dei meccanismi di prevenzione della corruzione e di trasparenza nelle società partecipate e/o controllate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze*, dicembre 2014.

MEF, *documento indirizzi per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza nelle controllate o partecipate dal ministero dell'economia e delle Finanze*, 25 agosto 2015.

OCSE, *Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali*, 17 dicembre 1997.

ODCEC DI IVREA, PINEROLO, TORINO, Gruppo di studio 231, *L'Organismo di Vigilanza: linee guida*, 2011.

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, Dipartimento della Funzione Pubblica, *Piano nazionale Anticorruzione, Legge 6 novembre 2012 n. 190, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, 11 settembre 2013.

PWC, Dell'Isola A. - Nuzzo D. (a cura di), *DECRETO LEGISLATIVO 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate*, luglio 2009.

PWC, *D.Lgs. 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate*, 2014.

Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001 in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V.; Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010.

Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001 in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI V.; Milano: Wolters Kluwer Italia, Utet giuridica, 2010, paragrafo 2, p. 11.

Risoluzione del Comitato dei Ministri n. (77) 28.

Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (81) 12.

Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (82) 15.

Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (88) 18.

Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (97) 18.

Rordorf, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, in *Responsabilità degli enti per reati commessi nel loro interesse*, Atti del Convegno di Roma.

INDICE DEGLI ARTICOLI

ABRIANI N. – GIUNTA F., *L'Organismo di Vigilanza previsto dal D.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Rivista231*, 3-2012, p. 191.

ACIERNO R., *Modelli 231 a misura di controllate*, *Il SOLE 24 ORE*, 27 ottobre 2014, p. 27.

ANTONETTO L., *Il regime del rapporto e della responsabilità dei membri dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 1-2008, p. 75.

ARTUSI M. F., *OdV e responsabile per la prevenzione della corruzione: interazioni possibili*, in *Rivista231*, 3-2015, p.117.

ATRIGNA T., *La responsabilità dell'Organismo di Vigilanza per le violazioni di cui all'art. 52 della normativa AML*, in *Rivista231*, 3-2012, p. 129.

BARTOLOMUCCI S., *Rilevanza del modello societario e dell'assetto di corporate governance nella configurazione dell'Organismo di Vigilanza. Una riflessione critica*, in *Rivista231*, 2-2007, p. 23.

BAUDINO A. – SANTORIELLO C., *La responsabilità dei componenti dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 2-2009, p. 59.

BERTOLLI E., *L'organismo di Vigilanza ex D.lgs. 231/2001 nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Rivista231*, 1-2010, p. 61.

BOIDI M. – FRASCINELLI R. – VERNERO P., *La compatibilità del Collegio Sindacale quale Organismo di Vigilanza ex D.lgs. 231/2001*, in *Rivista231*, 4-2011, p. 147.

BOSSID.– BORTOLOTTO M., *Vigilanza e controllo: i ruoli dell'Organismo di Vigilanza e dell'Internal Auditing*, in *Rivista231*, 1-2013, p. 109.

BURATTI G., *Decreto Legislativo 231/01 e organismo di Vigilanza: Le principali problematiche. Il caso FINTECNA*, in *Rivista231*, 1-2006, p. 239.

CALLERI M., *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 1-2010, p. 73.

CARDANI G., *E se l'Organismo di Vigilanza e Controllo fosse una persona giuridica?* in *Rivista231*, 2-2008, p. 215.

CARDIA M., *Legge di stabilità 2012 e D.lgs. 231/2001: riflessioni sulla composizione dell'organismo di vigilanza*, in *Rivista231*, 1-2012, p. 123.

CATALANO G., *Organismo di Vigilanza e dinamica dei controlli interni: le novità del codice di autodisciplina alla luce della recente normativa e dell'esperienza statunitense*, in *Rivista231*, 1-2007, p. 17.

CELESIA L.J. – DE SANCTIS A., *Collegio Sindacale e Organismo di Vigilanza: crisi di identità?* in *Rivista231*, 2-2012, p. 77.

CHIAMETTI G., *Collaborazione tra Sindaci ed Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 1-2012, p.263.

CLARIZIA R. - NATI E., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il d.lgs. n. 231/2001 tra principi generali dell'ordinamento e nuovi organi societari*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2002, pp. 310 e ss.

COLONNA F., *I rapporti di Compliance Officer e Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 1-2008, p. 115.

COLONNA F. – BONESCHI T., *L'organismo di Vigilanza nella recente normativa della Banca d'Italia*, in *Rivista231*, 1-2013, p. 119.

D'ARCANGELO F., *Il ruolo e la responsabilità dell'Organismo di Vigilanza nella disciplina dell'antiriciclaggio*, in *Rivista231*, 1-2009, p. 65.

DE NICOLA A. – ROTUNNO I., *I controlli interni ex-ante ed ex-post: il ruolo dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 1-2011, p. 127.

DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito dipendente da reato. Luci e ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, pp. 1131 ss.

DI GERONIMO P., *I modelli di organizzazione e gestione per gli enti di piccole dimensioni*, in *Rivista231*, n. 1/2008

DUZIONI R., *Attività "investigativa-ispettiva" e attività "preventiva difensiva ex art. 391-nonies c.p.p." quale attività dell'OdV: due ipotesi a confronto di documentazione e di effettiva attuazione del modello 231 nei casi di presunto o sospetto accertamento dei fatti reato commessi o in itinere*, in *Rivista231*, 2-2012, p. 51.

EPIDENDIO T.E. – PASTORINO A., *Norme tecniche, modelli di Organizzazione e responsabilità degli enti operanti nel settore sanitario*, in *Rivista231*, 1-2009, p. 115.

FRIGNANI P. G., *Organi di Controllo ed Organismo di Controllo: il requisito dell'indipendenza alla luce della normativa societaria*, in *Rivista231*, 4-2006, p. 61.

GANDINI F., *La responsabilità degli enti negli strumenti internazionali multilaterali. I. Gli strumenti delle Nazioni unite*, in *Rivista231*, n. 1-2009, p. 13.

GANDINI F., *La responsabilità degli enti negli strumenti internazionali multilaterali.2. Gli strumenti del Consiglio d'Europa*, in *Rivista231*, n. 2-2009, p. 33.

GANDINI F., *La responsabilità degli enti negli strumenti internazionali multilaterali. 3. Gli strumenti OCSE-FATF*, in *Rivista231*, n. 3-2009, p. 35.

GARUTI G., *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei modelli organizzativi*, in *Rivista 231*, n. 3/2007, p. 11.

GENNARO V., *Gli attributi dei protocolli di controllo ed il Compliance Audit: il concetto di verificabilità del funzionamento e dell'osservanza del modello*, in *Rivista231*, 2-2007, p. 169.

GENNARO V., *La documentazione dell'attività di pianificazione e di esecuzione delle verifiche da parte dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 3-2008, p. 177.

GHINI P., *OdV: obbligo di riservatezza e di tutela dei dati personali, segreto aziendale/professionale*, in *Rivista231*, 1-2011, p. 249.

GHINI P. – FRUSCIONE L., *I controlli dell'Organismo di Vigilanza tra protocolli e specializzazione professionale*, in *Rivista231*, 4-2012, p. 249.

GHINI P. – FRUSCIONE L., *Guida alla redazione del regolamento dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 4-2013, p. 263.

GHINI P. – FRUSCIONE L., *La pianificazione dell'attività dell'OdV: scadenziario e piano di lavoro*, in *Rivista231*, 1-2014, p. 297.

GHINI P. – FRUSCIONE L., *Attività operativa dell'OdV: cosa fare e come farlo in modo corretto*, in *Rivista231*, 2-2014, p. 299.

GHINI P., *Organismo di Vigilanza con funzioni di responsabile della trasparenza*, in *Rivista231*, 1-2015, p. 273.

GHINI P., *Rapporti fra Organismo di Vigilanza e Collegio Sindacale con riferimento alle nuove norme di comportamento del Collegio Sindacale nelle società quotate*, in *Rivista231*, 4-2015, p.305.

GUERRIERI G., *Il sistema dei controlli societari e l'OdV ex D.lgs. 231/2001*, in *Rivista231*, 2-2014, p. 35.

INSINGA L., *La nomina ed il funzionamento dell'Organismo di Vigilanza, autonomia dell'ente fra vincoli ed opportunità*, in *Rivista231*, 1-2009, p. 209.

INSINGA L. – PISANI P., *Riflessioni sulla libertà organizzativa dell'ente nella nomina dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 2-2013, p. 135.

IPPOLITO M., *I compiti dell'Organismo di Vigilanza: soluzioni operative e check list di controllo*, in *Rivista231*, 4-2011, p. 219.

LATTANZI G., Intervento in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Atti del convegno di Firenze, 15-16 marzo 2002, Padova, 2003, p. 285.

LECIS U., *L'organismo di Vigilanza nei gruppi di società*, in *Rivista231*, 2-2006, p. 45.

LECIS U., *L'Organismo di Vigilanza e l'aggiornamento del modello organizzativo*, in *Rivista231*, 4-2006, p. 37.

LEDDA F. – GHINI P., *Organismo di Vigilanza: nomina ed aspetti teorico pratici*, in *Rivista231*, 1-2008, p. 213.

LEDDA F., *Caso Thyssenkrupp. Cassazione settembre 2014. Composizione dell'OdV e idoneità dei modelli organizzativi. Spunti di riflessione*, in *Rivista231*, 1-2015, p. 265.

LEDDA F., *Scelta e composizione dell'Organismo di Vigilanza. Linee guida, prassi aziendale, giurisprudenza*, in *Rivista231*, 2-2015, p.285.

MALAVASI M., *Compiti, requisiti e poteri dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 2-2009, p. 51.

MANCINI C., *Riflessioni in tema di composizione dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 2-2009, p. 45.

MASIA V., *Servizio Prevenzione Protezione (Spp) e Organismo di Vigilanza (OdV), tra obbligatorietà e autodeterminazione dell'ente nella nuova dimensione prevenzionale*, in *Rivista231*, 1-2009, p. 105.

MASTRO F. – ARTUSI M. F., *La costante evoluzione dell'Organismo di Vigilanza: multiformità della struttura e responsabilità dei suoi membri*, in *Rivista231*, 3-2012, p. 67.

MONGILLO V., *L'organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *Rivista231*, 4-2015, p. 83.

MONTALENTI P., *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, Analisi Giuridica dell'Economia, Fascicolo 3, dicembre 2009.

MONTALENTI P., *Organismo di vigilanza 231 e ordinamento societario*, in BIANCHINI M. – DI NOIA C., *I controlli societari, molte regole nessun sistema*, Milano: Egea, 2010, pp. 85 - 104.

MORETTI M. – SILVESTRI P., *Titolarità della funzione dell'Organismo di Vigilanza: opportunità e dubbi applicativi a seguito delle recenti modifiche*, in *Rivista231*, 2-2012, p. 63.

PALIERO, *Il D.lgs. 8 giugno 2001 n.231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corriere Giuridico*, n. 7/2001, p. 845.

PETRILLO F., *Il responsabile della prevenzione della corruzione ex L. 190/2012 e l'Organismo di Vigilanza ai sensi del D.lgs. 231/2001: ruoli e responsabilità. Due figure sovrapponibili?* in *Rivista231*, 1-2014, p. 95.

PINTUCCIE., *L'eliminazione del collegio sindacale nelle S.r.l. semplifica la scelta dell'Organismo di Vigilanza nelle piccole imprese*, in *Rivista231*, 1-2015, p. 277.

PISANI N., *I requisiti di autonomia e indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del D.lgs. 231/2001*, in *Rivista231*, 1-2008, p. 155.

PULITANÒ D., *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in *La responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in Cass. Pen., supplemento al n. 6, 2003, pp. 417 – 418.

RABITTI M., *Modelli organizzativi e responsabilità degli enti: l'incerta figura dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 3-2010, p. 27.

RAZZANTE R., *L'efficacia sanzionatoria dei provvedimenti contro il riciclaggio: qualche riflessione*, in *Rivista231*, 1-2009, p. 45.

ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Rivista delle società*, 2002, p.394.

ROMOLOTTI T.E., *Prove di ingegneria genetica sull'Organismo di Vigilanza: il nuovo ruolo previsto dalla normativa antiriciclaggio*, in *Rivista231*, 1-2008, p. 87.

ROMOLOTTI T.E., *Organismo di Vigilanza 231 e sicurezza sul lavoro: un problema strutturale*, in *Rivista231*, 4-2008, p. 87.

ROSSI, *La responsabilità degli enti (d.lgs. 231/2001): i soggetti responsabili*, in www.rivista231.it, n. 2/2008, p. 180.

SALOMONE R., *Il principio societas delinquere non potest. La natura della responsabilità prevista dal D.lgs. 231/2001*, in D'AVIRRO A. – DI AMATO A. (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa, la responsabilità da reato degli enti*, Milano: Wolters Kluwer, Cedam, 2009, pp. 3 – 48;

SANTORIELLO C., *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo*”, in www.rivista231.it, n. 3/2008, p. 55.

SANTORIELLO C., *Ampliamento del catalogo dei reati presupposto della responsabilità della persona giuridica e conseguenze in tema di composizione dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 4-2012, p. 127.

SANTORIELLO C., *Reati di riciclaggio e Organismo di Vigilanza: ma qual'è il vero ambito di applicazione del D.lgs. 231/2007?* in *Rivista231*, 3-2014, p. 35.

SANTORIELLO C., *Qual'è la posizione dei componenti dell'OdV rispetto agli infortuni sul lavoro e le malattie professionali?* in *Rivista231*, 2-2015, p. 71.

SANTORIELLO C., *Attività dell'organismo di Vigilanza e obbligo di segretezza in capo ai suoi componenti*, in *Rivista231*, 4-2015, p. 109.

SCAFIDI A. – ANNOVAZZI S., *Il ruolo del Collegio Sindacale nell'ambito dei modelli organizzativi ex D. Lgs 231/2001 ed i suoi rapporti con l'Organismo di Vigilanza e Controllo (parte 1)*, in *Rivista231*, 2-2007, p. 109.

SCAFIDI A. – ANNOVAZZI S., *Il ruolo del Collegio Sindacale nell'ambito dei modelli organizzativi ex D. Lgs 231/2001 ed i suoi rapporti con l'Organismo di Vigilanza e Controllo (parte 2)*, in *Rivista231*, 3-2007, p. 103.

SCARCELLA A., *Responsabilità amministrativa da reato e Thyssen: senza autonomia dell'OdV non al modello riparatorio*, in *Rivista231*, 2-2012, p. 253.

SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. Soc.* 2007, pp. 177 - 178.

SILVESTRI S., *Normativa antiriciclaggio ex D.lgs. 231/2007 e obblighi dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 3-2015, P. 83.

VALENSISE P., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/01: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, Il Mulino, Fascicolo 2, dicembre 2009.

VERNERO P. – DE SANCTIS A., *Il Collegio Sindacale quale Organismo di Vigilanza: la ridefinizione legislativa dei requisiti di indipendenza, professionalità continuità di azione*, in *Rivista231*, 2-2013, p. 145.

VIGNOLI F., *Profili critici della responsabilità penale dell'Organismo di Vigilanza*, in *Rivista231*, 2-2009, p. 97.

VOLTAN F., *Riflessioni sulla nomina dell'Organismo di Vigilanza nelle società di piccole dimensioni*, in *Rivista231*, 4-2013, p. 157.

INDICE DELLE FONTI NORMATIVE

Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, reperibile su www.normattiva.it.

Legge n. 689/1981, reperibile su www.normattiva.it.

Legge n. 223/1990, reperibile su www.normattiva.it.

Legge n. 287/1990, reperibile su www.normattiva.it.

Legge n. 1/1991, reperibile su www.normattiva.it.

Legge n. 157/1991, reperibile su www.normattiva.it.

Legge n. 344/1993, reperibile su www.normattiva.it.

Legge n. 86/1994, reperibile su www.normattiva.it.

Legge n. 300/2000, reperibile su www.normattiva.it.

Legge n. 23/2014, reperibile su www.normattiva.it.

Legge n. 146/2006, reperibile su www.normattiva.it.

Legge n. 122/2010, reperibile su www.normattiva.it.

Legge n. 190/2012, reperibile su www.normattiva.it.

D.Lgs. n. 240/1991, reperibile su www.normattiva.it.

D.Lgs. n. 385/1993, reperibile su www.normattiva.it.

D.Lgs. n. 58/1998, reperibile su www.normattiva.it.

D.Lgs. n. 231/2001, reperibile su www.normattiva.it.

D.Lgs. n. 209/2005, reperibile su www.normattiva.it.

D.Lgs. n. 163/2006, reperibile su www.normattiva.it.
D.Lgs. n. 231/2007, reperibile su www.normattiva.it.
D.Lgs. n. 81/2008, reperibile su www.normattiva.it.
Legge Reggio Calabria 21 giugno 2008, n. 15, reperibile su www.prassicoop.it.
Decreto Regione Lombardia n. 588/2010, reperibile su
normelombardia.consiglio.regione.lombardia.it.
Delibera della giunta regionale, 23 dicembre 2009, reperibile su www.isfol.it.
Delibera della giunta regionale n. 9114/2009 reperibile su www.isfol.it.
D.M., 26 giugno 2003, n. 201, reperibile su www.aodv231.it.
D.M., 2 settembre 2010, n. 169, reperibile su www.cndcec.it.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA⁴⁹⁸

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'

Cass. Civ., 4 dicembre 1990, n. 11652.
Cass., Sez. lavoro, 6 agosto 2003, n. 11881.
Cass. Pen., Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 18941.
Cass. Pen. Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615.
Cass. Pen., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32626.
Cass. Pen., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627.
Cass. Pen., Sez. II, 23 gennaio 2008, n.4018.
Cass. Pen., Sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 22614.
Cass. Pen, SS.UU., 27 marzo 2008, n. 26654.
Cass. Pen., Sez. III, 20 aprile 2011, n.15657.
Cass. Pen., Sez. V, del 20 giugno 2011, n. 24583.
Cass. Pen., Sez. VI, 23 luglio 2012, n. 30085.
Cass. Pen., Sez. VI, 26 settembre 2012, n. 37119.
Cass. Pen., Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192.

⁴⁹⁸ La giurisprudenza è reperibile sul sito www.rivista231.it.

Cass. Pen., Sez. V, 29 gennaio 2013, n. 4324.
Cass. Pen., Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 42503.
Cass. Pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677.
Cass. Pen., Sez. VI, 21 gennaio 2014, n. 2658.
Cass. Pen., SS. UU., 18 settembre 2014, n. 38343.
Cass. Pen. Sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 3786.
Cass. Civ., Sez. II, 24 ottobre 2006, n. 22840.

GIURISPRUDENZA DI MERITO

G.i.p., Tribunale di Roma, Ordinanza 4 aprile 2003.
G.i.p., Tribunale di Milano, Ordinanza 20 settembre 2004.
Trib. Milano, Sezione XI riesame, ordinanza 14 dicembre 2004.
G.i.p., Tribunale di Napoli, Ordinanza 26 giugno 2007.
Tribunale di Milano, 13 febbraio 2008, n. 1774.
G.i.p., Tribunale di Milano, Ordinanza 12 marzo 2008.
G.i.p., Tribunale di Milano, 17 novembre 2009.
Corte d'Appello di Milano, Sez. II Penale, 21 marzo 2012, n. 1824.
Tribunale di Milano, 8 agosto 2012, n. 9258.
Tribunale di Pinerolo, 25 settembre 2012, n. 309.
Corte di Assise di Appello di Torino, 28 febbraio 2013 (22 maggio 2013), n. 6.
G.i.p., Tribunale di Parma, Ordinanza 26 maggio 2015.

INDICE DEI SITI INTERNET

olympus.uniurb.it.
www.abi.it.
www.academiaformazione.it.
www.agcm.it.
www.aia-sicurezza.it.
www.anticorruzione.it.

www.ania.it.
www.aodv231.it.
www.apmi.it.
www.assonime.it.
www.bancaditalia.it.
www.borsaitaliana.it.
www.confindustria.it.
www.esteri.it.
www.ey.com.
www.fondazione nazionale commercialisti.it.
www.ilsole24ore.com.
www.kpmg.com/it/it/pagine/default.aspx.
www.mef.gov.it.
www.normattiva.it.
www.odcec.mi.it.
www.penalecontemporaneo.it.
www.rivista231.it.

INDICE DELLE FIGURE

Figura 1 Adozione del modello 231 in Benchmark D.Lgs. 231/01 nei diversi settori economici, AIIA, 2006, p. 7. 157

Figura 2 Adozione del modello 231 in Benchmark D.Lgs. 231/01 nei diversi settori economici, AIIA, 2006, p. 7. 157

Figura 3 Composizione degli Organismi di Vigilanza di tipo “collegiale” in Benchmark D.Lgs. 231/01 nei diversi settori economici, AIIA, 2006, p. 11. ... 158

Figura 4 Adozione del modello 231 in La Responsabilità Amministrativa delle Società. Un’indagine sull’adozione del modello organizzativo previsto dal D.Lgs. 231/01 nelle società non quotate, AIIA - CONFINDUSTRIA, 2007, p. 7. 159

Figura 5 Tipologia di Organismo di Vigilanza in La Responsabilità Amministrativa delle Società. Un’indagine sull’adozione del modello organizzativo

previsto dal D.Lgs. 231/01 nelle società non quotate, AIIA - CONFINDUSTRIA, 2007, p. 8.....160

Figura 6 Composizione degli Organismi di Vigilanza (monocratici e collegiali) in La Responsabilità Amministrativa delle Società. Un'indagine sull'adozione del modello organizzativo previsto dal D.Lgs. 231/01 nelle società non quotate, AIIA - CONFINDUSTRIA, 2007, p. 8.161

Figura 7 Adozione del Modello in Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001, ASSONIME, Roma, maggio 2008, p. 13.162

Figura 8 Tipologia di Organismo in Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001, ASSONIME, Roma, maggio 2008, p. 20.162

Figura 9 Composizione dell'Organismo in Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001, ASSONIME, Roma, maggio 2008, p. 20.....163

Figura 10 Rielaborazione dei dati in grafico circa la composizione dell'Organismo reperiti in Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001, ASSONIME, Roma, maggio 2008.164

Figura 11 Rielaborazione dei dati in grafico circa la tipologia di Organismo reperiti in Requisiti e composizione dell'organismo di vigilanza, AODV, 1 febbraio 2010.164

Figura 12 Rielaborazione dei dati in grafico circa la tipologia di Organismo reperiti in Requisiti e composizione dell'organismo di vigilanza, AODV, 1 febbraio 2010.165

Figura 13 Informativa sull'adozione in DECRETO LEGISLATIVO 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate, PWC, Dell'Isola A. - Nuzzo D. (a cura di), luglio 2009, p. 11.166

Figura 14 Rielaborazione dei dati in grafico circa la tipologia di Organismo reperiti in Modalità di attuazione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/01 nelle società italiane. I risultati dell'indagine, novembre 2010, COMPLIANCE AZIENDALE - GRUPPO ODV - ERNST&YOUNG, Battisti g. - Di Mario R. (a cura di), luglio 2010.167

Figura 15 Rielaborazione dei dati in grafico circa la tipologia di Organismo reperiti in Modalità di attuazione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/01 nelle società italiane. I risultati dell'indagine, novembre 2010, COMPLIANCE AZIENDALE - GRUPPO ODV - ERNST&YOUNG, Battisti g. - Di Mario R. (a cura di), luglio 2010.168

Figura 16 Adozione del modello in D.Lgs. 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate, PWC, 2014, p. 9.	169
Figura 17 Composizione dell'Organismo di Vigilanza - Esercizio 2013 in D.Lgs. 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate, PWC, 2014, p. 21.	170
Figura 18 Composizione dell'OdV collegiale - esercizio 2013 in D.Lgs. 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate, PWC, 2014, p. 23.....	170
Figura 19 Distretto di residenza , Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.	175
Figura 20 Tipologia di ente , Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.	175
Figura 21 Tipologia societaria , Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.	176
Figura 22 Organo Amministrativo , Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.	176
Figura 23 Organo di controllo , Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.	177
Figura 24 Certificazione del Sistema di Gestione , Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.....	177
Figura 25 Adozione del modello 231 , Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016....	178
Figura 26 Tipologia di Organismo , Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.	179
Figura 27 Numero dei componenti dell'OdV collegiale , Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.....	179
Figura 28 Preferenza per l'Organismo collegiale , Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.....	180
Figura 29 Tipologia di componenti (Monocratico/Collegiale) , Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016.....	181
Figura 30 Tipologia di componenti interni , Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIFI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016....	181

Figura 31 Tipologia di componenti esterni, Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIPI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016. ...182

Figura 32 Incidenza professionisti esterni, Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIPI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016. ...182

Figura 33 Composizione, Indagine sulla composizione dell'OdV, UNIPI/A.P.I. Associazione Piccole e Medie Industrie, marzo 2016..... 183

INDICE DELLE TABELLE

Tabella 1 *Range di sanzioni con il valore minimo della quota pari ad Euro 258,00*.....31

Tabella 2 *Range di sanzioni con il valore massimo della quota pari ad Euro 1.549,00*.....32

Tabella 3 *Risultati sulla tipologia di Organismo*.....171

Tabella 4 *Risultati sulla composizione, *Le percentuali sono state calcolate (sul totale delle società che hanno dichiarato di aver adottato il modello) perché la ricerca forniva dati in valore assoluto*.....171